

Die verschiedenen Ansprüche bei Persönlichkeitsverletzung und ihr Verhältnis zueinander

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

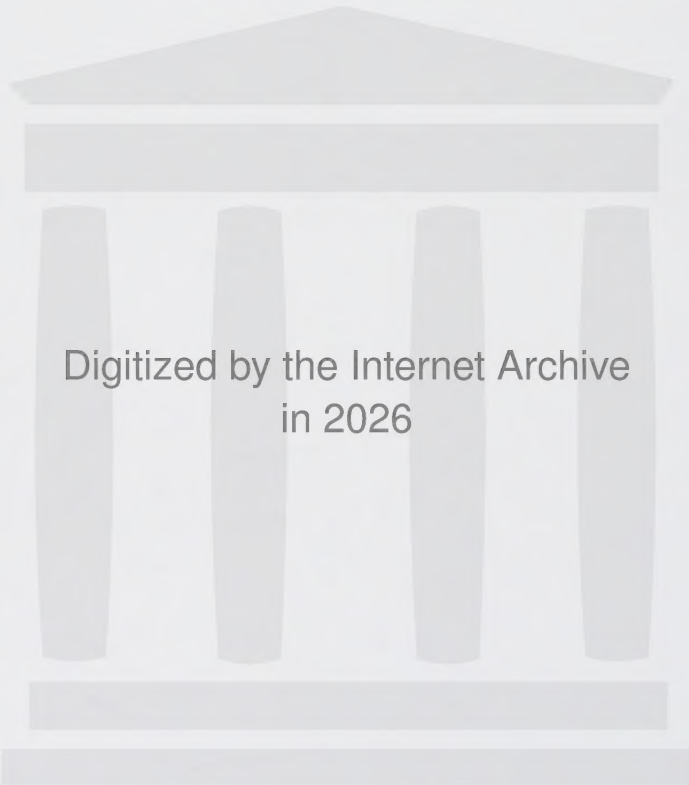
RENÉ VUILLE-DIT-BILLE
von La Sagne NE

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Max Keller



Juris Druck + Verlag Zürich
1980

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die verschiedenen Ansprüche bei Persönlichkeitsverletzung und ihr Verhältnis zueinander

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

RENÉ VUILLE-DIT-BILLE
von La Sagne NE

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Max Keller



Juris Druck + Verlag Zürich
1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



ISBN 3 260 04846 4

MEINER FRAU GEWIDMET

Mein Dank soll all jenen gelten, die zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen haben, insbesondere Herrn Prof. Dr. Max Keller, der mir sowohl bei der Wahl des Themas als auch mit seinen Anregungen sehr geholfen hat.

Ebenfalls möchte ich mich bei Frau Hannelore Grunder bedanken, die mit viel Fleiss und Interesse während ihrer Freizeit meine Arbeit ins Reine geschrieben hat.

Ein Dank gebührt auch Frl. Bon, der Bibliothekarin der "Zürich" Versicherungs-Gesellschaft, die mir mit ihrer Hilfsbereitschaft sehr entgegengekommen ist.

Speziell möchte ich meinem Freund Michael Werder danken, der mir während meiner Arbeit manch wertvollen Hinweis gab.

Das Manuskript wurde im September 1979 abgeschlossen.

Zürich, im Dezember 1979

EINLEITUNG

Eine zunehmende Gefährdung der Persönlichkeitsgüter des Einzelnen, bedingt durch soziale, technische und wirtschaftliche Veränderungen, ruft nach einem verstärkten Schutz der Persönlichkeit. Nun vermögen jedoch gerade die zur Verfügung stehenden zivilrechtlichen Ansprüche wie Beseitigungs-, Feststellungs-, Unterlassungs-, Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch nicht mehr in allen Belangen zu genügen. Dies muss notwendigerweise zu einer Anpassung der Rechtsordnung führen. Eine Möglichkeit besteht in der Revision von Art. 28 ZGB, zu der der Bundesrat den verbindlichen Auftrag erhalten hat¹.

In der vorliegenden Arbeit wird dieser Problemkreis nur summarisch behandelt werden, insofern nicht die gleichzeitige Revision von Art. 49 OR berührt wird.

Die Darstellung beschränkt sich auf die obenerwähnten Ansprüche und deren Verhältnis zum Anspruch auf Genugtuung gemäss Art. 49 OR.

Ganz konkret bezieht sich die Arbeit auf einen Teilbereich der Genugtuung: Den Ausgleich für immaterielle Unbill bei Verletzung der persönlichen Verhältnisse, wobei auf die Ansprüche basierend auf Art. 47 OR, Art. 93, 151 und 318 ZGB nur insofern eingetreten wird, als sie den untersuchten Bereich beeinflussen.

Weiter versucht diese Arbeit, die Unwirksamkeit des bestehenden Art. 49 OR und die Notwendigkeit einer Revision desselben aufzuzeigen.

Durch eine Teilrevision würde einerseits eine Stärkung der bestehenden Ansprüche erreicht, andererseits würde die Rechtsfortbildung in die Hände des Richters gelegt, der sich dem Wandel der Zeit besser anzupassen vermöchte als der Gesetzgeber.

¹ Amtl. Bull. NR 1968, 616 ff.
Amtl. Bull. SR 1969, 87 ff.

INHALTSVERZEICHNIS

Erster Teil: BEGRIFFE	1
§ 1 Die gemeinsamen Voraussetzungen aller auf ZGB 28 basierenden Ansprüche	1
A) Die persönlichen Verhältnisse und ihre Verletzung	2
1. Begriff der persönlichen Verhältnisse und ihre Verletzung	2
2. Die Arten der persönlichen Verhältnisse	3
a) Die seelischen oder inneren Persönlichkeitsgüter	4
b) Die körperlichen Güter, die die körperliche Integrität schützen	4
c) Die gesellschaftlichen Güter	5
aa) Geheim- oder Intimsphäre	5
bb) Privatsphäre	5
cc) Gemein- oder Öffentlichkeitssphäre	6
B) Die "unbefugte Verletzung" in den persönlichen Verhältnissen	8
1. Begriff der Widerrechtlichkeit	8
2. Der Ausschluss der Widerrechtlichkeit	8
C) Zusammenfassung	10
Zweiter Teil: DIE AUF ZGB 28 BERUHENDEN RECHTSMITTEL	12
§ 2 Der Genugtuungsanspruch nach OR 49 Abs. 1 und Abs. 2	12
A) Geschichtliche Entwicklung	12
B) Rechtsnatur	24
1. Vergleich zwischen den verschiedenen Rechtsnaturtheorien	30
2. Folgen der divergierenden Meinungen	34
C) Voraussetzungen	36
1. Die besondere Schwere der Verletzung	36
2. Die besondere Schwere des Verschuldens	42
a) Verschuldensbeurteilung bei OR 47 als Vergleich	45
b) Verschulden des Schädigers und Mitverschulden	46
3. Widerrechtlichkeit	48
4. Kausalzusammenhang	49

D)	Aktivlegitimation	49
E)	Passivlegitimation	53
F)	Vererblichkeit und Uebertragbarkeit des Genugtuungsanspruches	54
G)	Pfändbarkeit	56
H)	Form	56
I)	Die Bemessung des Genugtuungsanspruches	57
	a) Die besondere Schwere der Verletzung als Bemessungs- grundlage	59
	b) Weitere Faktoren für die Bemessung	61
K)	Vollstreckung und Verjährung	63
§ 3	Die andere Art der Genugtuung nach OR 49 Abs. 2	64
A)	Kasuistik von OR 49 I und II	73
§ 4	Der Schadenersatzanspruch	86
A)	Geschichtliche Entwicklung	86
B)	Rechtsnatur	88
C)	Voraussetzungen	88
1.	Schaden	88
	a) damnum emergens	88
	b) lucrum cessans	89
	c) unmittelbarer - mittelbarer Schaden	89
	d) Weitere Arten	89
	e) Welche Arten sind bei Persönlichkeitsverletzungen möglich?	90
	aa) damnum emergens bei Personenschaden	90
	bb) damnum emergens bei Sachschaden	90
	cc) damnum emergens bei Vermögensschaden	91
	dd) lucrum cessans bei Personen-, Sach- und Vermögensschaden	91
	f) Beweis des Schadens und der Schadenshöhe	91
2.	Widerrechtlichkeit	93
3.	Kausalzusammenhang	93
	a) adäquater Kausalzusammenhang	93
	b) inadäquater Kausalzusammenhang	94
	aa) höhere Gewalt	94

bb) Selbstverschulden	94
cc) Drittverschulden	95
4. Verschulden	95
a) Vorsatz	96
b) Fahrlässigkeit	96
D) Aktivlegitimation	97
E) Passivlegitimation	99
1. Bei Verschuldenshaftung	100
2. Bei Kausalhaftung	101
a) Die Geschäftsherrenhaftung nach OR 55	101
b) Haftung der juristischen Personen für unerlaubte Handlungen ihrer Organe gemäss ZGB 55	102
F) Vererblichkeit und Uebertragbarkeit	104
G) Pfändbarkeit	104
H) Form	104
1. Geldersatz	104
2. Realersatz	104
I) Bemessung	106
1. Die Schwere des Verschuldens als Bemessungsgrundlage	106
2. Weitere Faktoren für die Bemessung	107
a) Selbstverschulden	107
b) Wirtschaftliche Lage	107
c) Weitere Umstände	108
K) Vollstreckung und Verjährung	109
L) Kasuistik	109
§ 5 Der Beseitigungsanspruch	116
A) Geschichtliche Entwicklung	116
B) Rechtsnatur	119
C) Voraussetzungen	121
1. Verletzung	121
2. Widerrechtlichkeit	121
3. Kausalzusammenhang	121
4. Kein Verschulden	121

5. Weitere Voraussetzungen	121
a) Tatsächliche Möglichkeit der Beseitigung	121
b) Beseitigungsinteresse	122
D) Aktivlegitimation	123
E) Passivlegitimation	124
F) Vererblichkeit und Uebertragbarkeit	126
1. Vererblichkeit auf der Aktivseite	126
2. Vererblichkeit auf der Passivseite	127
3. Uebertragbarkeit	128
G) Pfändbarkeit	128
H) Form	128
1. Urteilspublikation	128
a) Rechtsnatur der Urteilspublikation	128
b) Hat der Verletzte ein Recht auf Veröffentlichung?	129
c) Inhalt und Umfang der Veröffentlichung	129
d) Verhältnis der Urteilspublikation zum Grundsatz der Oeffentlichkeit und der daraus resultierenden Prozessberichterstattung	130
2. Der Anspruch auf Gegendarstellung	132
a) Rechtslage	132
b) Rechtsnatur	139
c) Voraussetzung	139
d) Inhalt und Umfang der Gegendarstellung	139
e) Ort und Frist der Gegendarstellung	139
f) ("Berichtigungspflicht") Berichtigungsanspruch	140
aa) Rechtslage	140
bb) Rechtsnatur	140
cc) Voraussetzung	141
dd) Inhalt und Umfang der Berichtigung	141
ee) Ort und Frist der Berichtigung	141
g) Besteht ein Anspruch bei Illiquidität der Wider- rechtlichkeit?	141
3. Weitere Möglichkeiten der Beseitigung	142
I) Rechtliche Tragweite der Beseitigung	142
K) Vollstreckung und Verjährung	143
L) Kasuistik	144

§ 6	Der Feststellungsanspruch	149
A)	Geschichtliche Entwicklung	149
B)	Rechtsnatur	151
C)	Voraussetzungen	152
D)	Aktivlegitimation	153
E)	Passivlegitimation	153
F)	Vererblichkeit und Uebertragbarkeit	154
G)	Pfändbarkeit	154
H)	Form	154
I)	Rechtliche Tragweite des Feststellungsurteils	155
K)	Vollstreckung und Verjährung	156
L)	Kasuistik	156
§ 7	Der Unterlassungsanspruch	162
A)	Geschichtliche Entwicklung	162
B)	Rechtsnatur	164
C)	Voraussetzungen	165
	1. Verletzung	165
	2. Widerrechtlichkeit	166
	3. Kausalzusammenhang	166
	4. Verschulden	166
D)	Aktivlegitimation	167
E)	Passivlegitimation	167
F)	Vererblichkeit und Uebertragbarkeit	167
	1. Vererblichkeit auf der Aktivseite	167
	2. Vererblichkeit auf der Passivseite	168
G)	Pfändbarkeit	169
H)	Form	170
	1. Unterlassungsurteil	170
	2. Einstweilige richterliche Verfügung	171
I)	Rechtliche Tragweite des Unterlassungsurteils	171
K)	Vollstreckung und Verjährung	172
L)	Kasuistik	173

Dritter Teil: VERGLEICHENDE GEGENUEBERSTELLUNG	178
§ 8 Unterschiede in den Voraussetzungen der Ansprüche	178
A) Allgemein	178
B) Rechtsnatur der Ansprüche	178
1. Genugtuung	178
2. Schadenersatz	178
3. Beseitigung	179
4. Feststellung	179
5. Unterlassung	179
6. Zusammenfassung	179
C) Anspruchsvoraussetzungen	180
1. Verletzung der persönlichen Verhältnisse	180
2. Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang	180
3. Verschulden	180
4. Weitere Voraussetzungen	181
D) Aktivlegitimation	182
E) Passivlegitimation	183
1. Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsanspruch	183
2. Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch	184
F) Vererblichkeit und Uebertragbarkeit	185
1. Vererblichkeit auf der Aktivseite	185
a) Klage auf Genugtuung, Beseitigung, Feststellung und Unterlassung	185
b) Schadenersatzklage	186
2. Vererblichkeit auf der Passivseite	186
a) Klage auf Beseitigung und Unterlassung	186
b) Klage auf Schadenersatz und Genugtuung	187
c) Klage auf Feststellung	187
3. Uebertragbarkeit	187
G) Pfändbarkeit	188
H) Form	188
1. Genugtuung	188
2. Schadenersatz	188
3. Beseitigung	189

4.	Feststellung	189
5.	Unterlassung	189
6.	Zusammenfassung	190
I)	Vollstreckung und Verjährung	190
1.	Vollstreckung	190
2.	Verjährung	190
a)	Genugtuungs- und Schadenersatzanspruch	190
b)	Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsanspruch	191
§ 9	Rechtslogisches Verhältnis der Ansprüche zueinander	191
A)	Das Verhältnis des Unterlassungsanspruchs zum:	191
1.	Feststellungsanspruch	191
2.	Beseitigungsanspruch	192
3.	Schadenersatzanspruch	192
4.	Genugtuungsanspruch	193
5.	Zusammenfassung	194
B)	Das Verhältnis des Feststellungsanspruchs zum:	194
1.	Beseitigungsanspruch	194
2.	Schadenersatzanspruch	195
3.	Genugtuungsanspruch	195
4.	Zusammenfassung	195
C)	Das Verhältnis des Beseitigungsanspruchs zum:	196
1.	Schadenersatzanspruch	196
2.	Genugtuungsanspruch	196
3.	Zusammenfassung	197
D)	Das Verhältnis des Schadenersatzanspruchs zum Genugtuungsanspruch	197
Anhang A		198
Anhang B		199
Anhang C		200
Anhang D		205

LITERATURVERZEICHNIS

- Abdulrahman-Naji Ghazi Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse, Diss. Genf 1970
- Aubert Jean-François Traité de droit constitutionnel suisse, 1. Auflage, Neuchâtel 1967
- Baer Rolf Persönlichkeitsschutz der jur. Person ZBJV 103, 1967, S. 100 f
- Baeuerlein Heinz Die Problematik der Objektivität in der Presse - Berichtigungszwang, Diss. München 1956
- Becker H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch VI. Band: Obligationenrecht, Bern 1941
- Bezzola C.D. Der Einfluss des privaten auf die Entwicklung des öffentlichen Schadenersatzrechts in der Schweiz in D u. in F, Diss. ZH 1960
- Bloemertz C.B. Die Schmerzensgeldbegutachtung, Berlin 1964
- Brehm Roland L'indemnité pour tort moral et le cumul des prétentions du lésé. SJZ 65, 1969, S. 291 ff.
- L'effet pénal de l'indemnité pour tort moral et l'assurance de responsabilité civile, SVZ 1966, S. 101 ff.
- Bucher E. Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranke der ärztlichen Tätigkeit, Diss. ZH 1956
- Burckhardt C. Chr. Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR 26, 1907, S. 469 ff.
- von Büren Bruno Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- Bürgi F.W. Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte, Schweizerisches Privatrecht, ZSR 66, 1947, S. 1 - 20
- von Degenkolb H. Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes, AcP 1890, S. 1 ff.
- Deschenaux Henri Der Einleitungstitel, im Schweizerischen Privatrecht, Basel 1967, S. 1 ff.
- Egger A. Kommentar zum schweizerischen ZGB
1. Band: Einleitung und Personenrecht,
2. Auflage, Zürich 1930

- Egger A. Das Familienrecht, 1. Abteilung, 2. Auflage, Zürich 1936
- Fehr Konrad Die Beziehungen zwischen den Ansprüchen auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, Unterlassung und Schadenersatz ZBJV 80, 1944, S. 289 ff.
- Fischly E. Entschädigung unschuldig Verfolgter, RDS 79/1960 II 262 as
- Forstmoser Peter Datenbanken und Persönlichkeitsschutz, SJZ 70, S. 217 ff.
- Frei Armin Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht, Diss. ZH 1973
- Frey Siegfried Wahrheit und Objektivität in der Information. Habilitationsschrift, Bern 1951
- Geissler Rainer Massenmedien, Basiskommunikation und Demokratie, Tübingen 1973
- Giacometti Zaccaria Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZSR 74, 1955, S. 149 ff.
- Gierke Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889
- Giesker Hans Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, Diss. ZH 1904
- Giger Hans Massenmedien, Informationsbetrug und Persönlichkeitsschutz als privatrechtliches Problem, ZSR 1970 NF 89, S. 33 ff.
- Götz Ernst Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 1. Abteilung, Bern 1964
- Golsong Herbert Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für Europa. ZSR 94, 1975, 1. Halbband, S. 345 ff.
- Gontensweiler U. Die Wahrung höchstpersönlicher Rechte handlungsunfähiger und beschränkt handlungsfähiger Personen. Diss. ZH 1955
- Guldener Max Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 1958 (3. Aufl., ZH 1979)
- Grossen Jacques-Michel Das Recht der Einzelperson, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II, S. 354 ff., Basel 1967
- La protection de la personnalité en droit privé, ZSR 79, 1960, S. 1 a ff.
- Hafer E. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Personenrecht (Art. 1-89 ZGB), 2. Auflage, Bern 1919

Hauser R./J. Rehberg	Strafrecht I, (Verbrechenslehre) Grundriss der Vorlesungen
Hegnauer Cyril	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, Bern 1969
-	Vorlesung über Personenrecht, WS 73/74, Universität Zürich
Hinderling H.	Persönlichkeit und subjektives Recht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft 66/1963, S. 7f
Homberger A.	Das Schweiz. ZGB, 2. Auflage, Zürich 1943
Hotz Kaspar Ernst	Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach ZGB 28, Diss. Zürich 1967
Huber Hans	Die persönliche Freiheit, SJZ 69, S. 113 ff.
-	Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 74, 1955, S. 173 ff.
-	Persönlichkeitsschutz im Verwaltungsrecht, ZBJV 103, 1967, S. 86 ff.
Hubmann Heinrich	Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln/Graz 1967
Hütte Klaus	Die Genugtuung, Zürich, Stand: August 1976
-	Art. 47 OR - Genugtuung? SJZ 70, S. 273 ff.
Imboden Max/Rhinow R. A.	Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Zürich, 5. Auflage, 1976
Im Hof Walter	Die Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei Klagen aus OR Tit. I/II. Diss. Bern 1912
Jaeggi Peter	Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79, 1960, S. 133 a ff.
von Jhering R.	Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn; Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts; XVIII, 1880
Kaser Max	Römische Rechtsgeschichte, 2. neubearb. Aufl., Göttingen 1978
Kehrli J. O.	Der Berichtigungszwang im bernischen Strafrecht, ZBJV 61, 1925, S. 24 ff.
Keller Alfred	Haftpflicht im Privatrecht, S. 273 ff. 3. Auflage, Bern 1978
Keller Max	Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 157, Aarau 1948
Kreller Hs.	Römisches Recht II. Grundlehren des gemeinen Rechts, Wien 1950

- Kummer Max Der zivilprozessrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechtes, ZBJV 103, 1967, S. 106 ff.
- Landwehr Wilfried Das Recht am eigenen Bild, Diss. Zürich 1955
- Liver P. Der gesetzliche Schutz der Persönlichkeit in der Rechtsentwicklung, ZBJV 103, 1967, S. 80 f
- Lüchinger Adolf Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien, SJZ 70, S. 321 ff.
- Meier-Hayoz Arthur Der Richter als Gesetzgeber, in Festschrift Guldener, Zürich 1973
- Merz Hans Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen und verwandte Beeinträchtigungen durch die Druckerpresse, SJZ 67, S. 65 ff.
- Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, Berner Festgabe für den Schweiz. Juristenverein (Bern 1955) 301 ff.
- Anfang und Ende der Persönlichkeit, ZSR 76, 1957, S. 321 ff.
- Merz Thomas Die Unterlassungsklage nach Art. 28 ZGB, Diss. Zürich 1973
- Müller Jörg Paul Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964
- Die Schweiz und die Europäische Sozialcharta, S. 389 ff., im Handbuch der Schweizerischen Aussenpolitik, 2. Band, 1975
- Die Schweiz und die Menschenrechtskonventionen der UNO und ihrer Spezialorganisationen S. 343 ff., im Handbuch der Schweizerischen Aussenpolitik, 2. Band, 1975
- Naef Karl Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1919
- Nef Urs Ch. Aktuelle Probleme des Persönlichkeitsschutzes im arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis, ZSR 92, 1973, S. 355 ff.
- Oberhänsli Hans Die Gewährleistung der Freiheitsrechte unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsmässigen Garantie der persönlichen Freiheit, Diss. Zürich 1971
- Oftinger Karl Protokoll der 94. Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins, ZSR 79, 1960, S. 656 ff.

- Oftringer Karl Schweiz. Haftpflichtrecht, I. Band, allgem. Teil, 4. Auflage, Zürich 1975
- Punktationen für eine Konfrontation der Technik mit dem Recht, in: Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter, Festschrift der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Zentenarium des Schweiz. Juristenvereins, Zürich 1961
- Oser Hugo Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929
- Rausch Heribert Das Persönlichkeitsrecht und der Schutz des Einzelnen vor verletzenden Pressebildern, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 386, Bern 1969
- Rehbinder Manfred Schweizerisches Presserecht, Bern 1975
- Remé Th. M. Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz, Frankfurt/M. 1962
- Riklin Franz Das Gegendarstellungsrecht bei Radio und Fernsehen. ZSR 87, 1968, S. 179 ff.
- Der Schutz des Persönlichkeitsrechtes gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, Fribourg 1968
- Roetelmann Nichtvermögensschaden und Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Recht, AcP 1961, S. 366 ff.
- Rümlin M. Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Sonderabdruck aus Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung 3.4).
- Simonius A. Les droits de la personnalité, ZSR 66, 1947, S. 21 - 39
- Sohm Rudolf Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 14. Auflage, Leipzig 1911
- Specker Karl Die Persönlichkeitsrechte, mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht, Aarau 1911
- Spoendlin Kaspar Die verfassungsmässige Garantie der persönl. Freiheit, Diss. Zürich 1945
- Staiger H. R. Genugtuungsansprüche gegen Massenmedien, Diss. Zürich 1975
- Stark Emil W. Problem der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, ZSR 86, 1967, S. 1 ff.

- Szöllösy Die Berechnung des Invaliditätsschadens, eine rechtsvergleichende Darstellung, Zürich 1970
- Schindler Dietrich Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Schweiz, ZSR 94, 1975, S. 357 ff.
- Schucan Jürg Datenbanken und Persönlichkeitsschutz, Diss. Zürich 1977
- Schumacher R. Die Presseäusserung als Verletzung der persönl. Verhältnisse, FR 1960
- Schultz Hans Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 1. Bd., 2. Auflage, Bern 1974
- Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit und Strafrecht, ZBJV 103, 1967, S. 93 ff.
- Schwartz P. Die generelle Schadenersatz- und Genugtuungspflicht nach schweizerischem und französischem Recht, Diss. Basel 1928
- Schwarzenbach Hans Rudolf Grundriss des allgem. Verwaltungsrechts, 7. Auflage, Bern 1978
- Tercier Pierre Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Fribourg 1971
- La réparation du tort moral en cas d'inconscience totale et définitive de la victime, SJZ 68, S. 245 ff.
- La réparation du tort moral: crise ou évolution, in Festschrift für Henri Deschnaux, Freiburg 1977
- von Thur/Escher Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1 + 2, 3. Auflage, Zürich 1974
- Tuor/Schnyder Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Auflage, Zürich 1973
- Trachsler Walter Rechtliche Fragen bei der photographischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975
- Trechsel Stefan Die Schweiz und die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, S. 361 ff., im Handbuch der Schweizerischen Aussenpolitik, 2. Band, 1975
- Wespi Kaspar Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1968

- Wiefels Josef Römisches Recht, Neuauflage, Heidelberg 1979
- Wildhaber Luzius Verfassungsrang der Europäischen Menschen-
 rechtskonvention in der Schweiz?
 ZBJV 105, 1969, S. 249 ff.
- Die materiellen Rechte der Konvention mit
 Ausnahme der Artikel 5 und 6, ZSR 94, 1975,
 S. 511 ff.
- Winter Urs Genugtuung und Vorteilsausgleich, SJZ 67,
 S. 33 ff.
- Die Wiedergutmachung immaterieller Beein-
 trächtigung bei Körperverletzung und Tötung,
 Diss. Zürich 1975
- Zimmerli Ulrich Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im
 öffentlichen Recht, ZSR 97, 1978, S. 5 ff.

ERSTER TEIL: BEGRIFFE

§ 1 DIE GEMEINSAMEN VORAUSSETZUNGEN ALLER AUF ZGB 28 BASIERENDEN ANSPRUECHE

Egger¹ definiert den Schutz der Persönlichkeit folgendermassen: "Klarer Gegenstand des Schutzes bildet die Persönlichkeit selbst - nicht nur die Rechtspersönlichkeit, sondern die leiblich - geistige und soziale Individualität. Art. 28 ZGB will die Persönlichkeit in ihrem Bestande, in ihrem höchstpersönlichen und ihrem sozialen Sein schützen, ihre Daseinsbedingungen, ihre Selbstbehauptung und Selbstbestimmung."

Die generelle Umschreibung, wie sie in Art. 28 ZGB vollzogen wird, drängt sich auf, weil der Katalog der Persönlichkeitsrechte nie vollendet werden kann. Es liegt im Wesen der Persönlichkeit selbst, dass der Kreis der Persönlichkeitsrechte unerschliessbar ist. Die verschiedenen Sondervorschriften, wie etwa das Recht auf den Namen (Art. 92 ZGB) oder der Genugtuungsanspruch bei Verlöbnisbruch (Art. 92 ZGB) kommen als geeignete Einzelbestimmungen bei der Behandlung der einzelnen persönlichen Verhältnisse hinzu.

Als spezielle Normen vermögen sie jedoch nur in speziellen Fällen zu genügen. Art. 28 ZGB als Generalklausel muss von Fall zu Fall von der Rechtsprechung ausgefüllt werden. Es ist Sache des Richters zu prüfen, ob das verletzte Gut zu den "persönlichen Verhältnissen" zu zählen ist und falls dies bejaht wird, ob die Verletzung "unbefugt" war. Gemäss Rechtsprechung² ist der Begriff "unbefugt" identisch mit "widerrechtlich" im Sinne von OR 41.

1 Egger N 22 zu ZGB 28

2 BGE 97 II 103 f Erw. 4

A) Die persönlichen Verhältnisse und deren Verletzung

1. Begriff der persönlichen Verhältnisse und ihre Verletzung

Den "persönlichen Verhältnissen" sind die "persönlichen Güter" gleichzustellen. Sie bilden einen Sammelbegriff für alle Eigenschaften, die einem Individuum zukommen und die durch Dritte verletzt werden können¹.

Sie stehen in einer bestimmten Beziehung zu einer Person und bilden in ihrer Vielfalt einen Teil des gesamten Persönlichkeitsrechts². Dadurch, dass die "persönlichen Verhältnisse" grundsätzlich jeder Person um ihrer selbst willen zukommen, hat dies eine Differenzierung in bezug auf den Träger zur Folge, denn viele objektive wie auch subjektive Beurteilungsmomente müssen bei der richterlichen Rechtsfindung berücksichtigt werden³, da vielfach erst anhand des Trägers eine Konkretisierung des etwas vagen Begriffs der "persönlichen Verhältnisse" erfolgen kann⁴.

Die zivilrechtliche Güter- und Interessenabwägung findet nicht nur bei der Beurteilung der Widerrechtlichkeit einer Verletzungshandlung Anwendung, sondern bereits die Beurteilung der Verletzung des Rechtsgutes an sich hat nach diesem Prinzip zu erfolgen.

In sachlicher Hinsicht bestimmt nämlich das Prinzip der Güter- und Interessenabwägung den Geltungsbereich der persönlichen Verhältnisse⁵. Bei dieser Beurteilung hat sich der Richter an "Recht und Billigkeit" gemäss Art. 4 ZGB zu halten. Diese "intra-legen"-Tätigkeit hat ihren Ursprung im Art. 1 III ZGB.

Die einmal so gebildete Gerichtspraxis stellt ihm dann gewisse weiterhin zu berücksichtigende Regeln zur Verfügung.

Wichtig ist vor allem, dass der Richter die Verletzung der persönlichen Verhältnisse im Verhältnis zur gesamten Rechtsordnung betrachtet.

-
- 1 P. Jäggi, S. 164 a ff.
A. Lüchinger, S. 322
Grossen, Schweizerisches Privatrecht, S. 355 f
K. Specker, S. 44
2 P. Jäggi, S. 165 a f
3 Egger N 25 zu ZGB 28
4 Egger N 48 zu ZGB 28
5 M. Rehbinder, S. 82 f

Dadurch, dass der Mensch im Mittelpunkt steht, ist es dem Richter möglich, sich auch auf die zum Teil in der Verfassung verankerten Freiheitsrechte abzustützen, da sie dem ZGB sowohl bei seiner Entstehung wie auch Vollendung Pate gestanden haben. Erst aufgrund dieser Verfassung war es überhaupt möglich, die Persönlichkeitsidee zu verwirklichen¹.

Aus dieser verfassungskonformen Auslegung von ZGB 28 ergibt sich im gewissen Sinne als logische Folge die Horizontalwirkung².

2. Die Arten der persönlichen Verhältnisse

Obwohl Art. 28 ZGB auf eine Enumeration verzichtet und damit neue Güter nicht a priori vom Rechtsschutz ausschliesst, lassen sich die "persönlichen Verhältnisse" in drei Gruppen unterteilen. Diese Unterteilung folgt logisch aus der Person heraus, weil die Persönlichkeitsgüter in einem bestimmten Verhältnis zu ihr stehen. Mit dieser Dreiteilung kann das ganze Spektrum "Person" erfasst werden³.

1 J. P. Müller, S. 117 ff.

Grossen, Schweizerisches Privatrecht, S. 359

A. Lüchinger, S. 324

Auch die persönliche Freiheit ist ein verfassungsmässiges Recht, obwohl sie nicht ausdrücklich in der BV verankert ist.

2 H. Merz, Die Widerrechtlichkeit gemäss OR 41, S. 327: "Das ganze Gebiet des Persönlichkeitsschutzes ist ein Gebiet ständiger Rechtsfortbildung durch den Richter. Dem gesetzten Recht kann er dabei nichts anderes entnehmen als die Anerkennung bestimmter einzelner persönlicher Güter, im übrigen aber die in Art. 27 und 28 ZGB liegende allgemeine Anerkennung der Grundlagen, die einer stetigen und ausreichenden Entwicklung die Bahn ebnen soll.

Eine besondere Rolle spielt der systematische Zusammenhang mit der Rechtsordnung, indem aus den Schutznormen des Strafrechts, aber auch des Verfassungsrechts auf entsprechenden Persönlichkeitsschutz im Privatrecht geschlossen werden kann. Darüber hinaus steht dem Richter der Weg offen, den Schutzbereich der Persönlichkeit und den Bereich freier Betätigung nach eigenen rechtspolitischen Erwägungen abzustecken. Er fällt das wertende Urteil des Gesetzgebers. Er orientiert sich dabei an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die er aber in manchen Fällen, in denen er sie findet, auch erst erkennbar formt."

3 Egger N 23 zu ZGB 28

a) Die seelischen oder inneren Persönlichkeitsgüter

Damit ist das Innerste des Menschen gemeint, das de facto bei jeder Verletzung der "persönlichen Verhältnisse" mittelbar verletzt wird. In diesem Zusammenhang jedoch ist die unmittelbare Verletzung der "seelischen Güter" gemeint.

Dabei ist vor allem an die "Integrität des Gefühls und der Empfindung" gedacht¹. Folgende Verletzungshandlungen können in Frage kommen: Kränkung, Beschimpfung, Erschrecken, Verletzung des Schamgefühls usw. Die Vielfalt der Verletzungsmöglichkeiten zeigt, wie schwierig der "psychische Kern" der Persönlichkeit abzugrenzen ist.

b) Die körperlichen Güter, die die körperliche Integrität schützen

Mit der "körperlichen Integrität" meint man nicht nur die körperliche Unberührtheit und Unversehrtheit, die unmittelbar ein Angriffsobjekt darstellen kann, sondern auch die Gesundheit, die mittelbar verletzt werden kann, z.B. durch ein Bild, durch eine Stimme usw.².

Die "körperlichen Güter" sind nicht so heikel abzugrenzen, wie die psychischen, da die Medizin die Schwere einer körperlichen Verletzung ziemlich genau definieren kann. Trotzdem sind die Grenzen zwischen "seelischen Gütern" und "körperlichen Gütern" nicht scharf umrissen. Die Grenzen - sofern man überhaupt von Grenzen sprechen kann - sind fließend, da eine Verletzung an sich wohl nach allgemeinen medizinischen Kriterien beurteilt werden kann; doch bedarf ihr Gesamtumfang einer Konkretisierung, da nicht jede Person die Verletzung in gleicher Masse empfindet. Die Auswirkung einer Verletzung in psychischer Hinsicht kann vielfach nur vermutet werden. Vor allem im Bereich der mittelbaren Verletzung dürfte es dem Richter schwer fallen, eine Verletzung der körperlichen Integrität zu bejahen.

1 Egger N 27 zu ZGB 28; E. Bucher, S. 88 f

2 K. Specker, S. 45; Egger N 26 zu ZGB 28

c) Die gesellschaftlichen Güter

Sie dienen der Identifikation und Kennzeichnung der Person in der Gesellschaft¹.

Als Beispiel lassen sich der Ruf, die Ehre, Kredit, Unbescholtenheit usw. aufzählen. Als "soziale Güter" stehen sie dem Einzelnen kraft seiner Stellung in der Gesellschaft zu. Der umfassende Begriff der "gesellschaftlichen Güter" führt noch zu einer weiteren Unterteilung.

Diese weitere und differenziertere Unterscheidung folgt der Tatsache, dass der Einzelne wohl in der Gemeinschaft lebt, mit dieser jedoch nicht sein ganzes Leben teilen will. An bestimmten Bereichen, den sogenannten Sphären, will er die Gemeinschaft nicht teilhaben lassen, sondern nur einen ausgewählten Kreis von Personen, wobei bestimmte Lebensvorgänge auch diesen entzogen sein sollen.

Dies führt zur folgenden Dreiteilung des Lebensbereiches².

aa) Geheim - oder Intimsphäre

Das Bundesgericht definiert im Entscheid 97 II 100 f die Geheim- oder Intimsphäre dahingehend, dass die Tatsachen und Lebensvorgänge von der Intimsphäre umfasst werden, die dem Wissen und der Kenntnis der Mitmenschen entzogen sind, falls sie nicht bestimmten Personen anvertraut wurden³.

Objektiv heisst das, dass die Tatsachen und Lebensvorgänge nicht allgemein bekannt sein dürfen. Auf der subjektiven Seite muss nebst dem Geheimhaltungswillen des Trägers eine Anordnung vorhanden sein, die eine allgemeine Wahrnehmbarkeit verhindert⁴.

bb) Privatsphäre

Die Lebensvorgänge und Tatsachen, die den Privatbereich betreffen, sind nur einem bestimmten Kreis von Personen bekannt.

1 Egger N 30-38 zu ZGB 28

2 P. Jäggi, S. 226 a f; J. Schucan verweist in N 21 seiner Diss. auf MAAS, der zwischen sechs Sphären unterscheidet.

3 P. Jäggi, S. 227 a

4 H. Giesker, S. 4 ff.

Der Träger will diese Lebensäusserungen nur mit einem bestimmten Personenkreis teilen; dies können z. B. Verwandte, Freunde, Arbeitskollegen usw. sein¹.

Der Unterschied zur Geheimsphäre besteht darin, dass gewisse Tatsachen an bestimmte Personen weitergeleitet werden dürfen, was bei Tatsachen der Geheimsphäre per definitionem nicht möglich ist².

cc) Gemein- oder Oeffentlichkeitsphäre

P. Jäggi, S. 227 a: "... durch sie ist der Mensch Lebens- und Zeitgenosse von Jedermann; diesem Bereich gehören die Lebensbetätigungen an, durch die sich der Mensch entweder wie jedermann in der Oeffentlichkeit benimmt, durch unpersönliches Auftreten an allgemein zugänglichen Orten und Veranstaltungen oder durch sein öffentliches Auftreten als Künstler und Redner."

In diesem Auftreten tritt der Wille zur Offenbarung in der Oeffentlichkeit klar zu Tage.

Diese eben erwähnten Tatsachen können von jedermann wahrgenommen werden und dürfen demzufolge auch unbeschränkt weitergeleitet werden³. Nebst diesem willentlich öffentlichen Auftreten ist auch noch das gewöhnliche Bewegen in der Oeffentlichkeit zu berücksichtigen, das nur einem gewissen Personenkreis näher bekannt ist⁴. Dieser "privatöffentliche" Sachverhalt darf wohl weiterverbreitet werden, doch ist darauf zu achten, dass diese Weiterverbreitung nicht den Charakter einer qualifizierten Oeffentlichkeit annimmt. Unter den Schutz von ZGB 28 fallen nur der Geheim- und Privatbereich, nicht aber der Gemeinbereich. In bezug auf den Gemeinbereich lässt sich noch anführen, dass aufgrund des Machtungleichgewichtes, das zwischen Technik und Persönlichkeit entstanden ist, das Bestreben besteht, den Gemeinbereich immer restriktiver auszulegen. Auch wenn man in der heutigen Zeit relativ viele Uebergriffe in die Privatsphäre konstatieren kann, heisst das noch lange nicht, dass der Begriff entsprechend eingeengt werden

1 BGE 97 II 101 / P. Jäggi, S. 227 a

2 Hch. Hubmann, S. 236

3 BGE 97 II 101

4 P. Jäggi (S. 244a) nennt dieses Verhalten "privatöffentlich".

muss. Vielmehr hätte genau das Gegenteil zu geschehen, denn es ist eine Grundaufgabe unserer Rechtsordnung, den Einzelnen erstens seine Privatsphäre gestalten zu lassen und zweitens ihm diese zu bewahren.

Gerade mit den bestehenden Möglichkeiten der Technik ist eine Verletzung der Privatsphäre sehr schnell möglich, wenn man davon ausgeht, dass allein schon die Bekanntgabe einer der Privatsphäre angehörenden Tatsache eine Verletzung derselben darstellen kann (Bsp. Mitgliedschaft in einem nicht öffentlichen Verein gilt als Tatsache der Privatsphäre).

Aufgrund dieser Aufgabe der Rechtsordnung und unter dem Blickwinkel des Machtpotentials der Technik (z. B. Erfassung vieler Personen in relativ kurzer Zeit durch Computer) ist eine restriktive Auslegung der Gemeinsphäre nur zu begrüssen. Auf diese "Entprivatisierung" haben schon Oftinger und Jäggi hingewiesen. Auch im schweizerischen Parlament wurde auf dieses Machtungleichgewicht hingewiesen¹.

Als konkretes Resultat der parlamentarischen Bemühungen ist beispielsweise das BG betr. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereiches, vom 20. Dezember 1978, BBl 1968 II 1245 zu nennen, ferner das am 11.9.1979 publizierte BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre (AS 1979 S. 1169 ff.).

Am 1. Mai 1969 wurde das eben erwähnte BG in kraft gesetzt und zwar in Form von sechs Einschaltartikeln im Schweizerischen Strafgesetzbuch².

Aus dem Postulat Müller (Luzern), das dem Erlass dieses Bundesgesetzes voranging, ist klar ersichtlich, dass auch der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre nur einen Teil der Persönlichkeit schützen kann. Bedingt

1 Bsp. Motion Broger, Anhang A

2 Art. 179 bis Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche
 Art. 179 ter unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen
 Art. 179 quater Verletzung des Geheim- oder Privatbereiches durch
 Aufnahmegeräte
 Art. 179 quinquies Nicht strafbare Handlungen
 Art. 179 sexies Inverkehrbringen und Anpreisen von Abhör-, Ton-
 und Bildaufnahmegeräten
 Art. 179 septies Missbrauch des Telefons

durch diesen Teilschutz erkannte man, dass der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit in jeder Beziehung ungenügend sei¹.

Des weitem verweise ich auf Schucan, der den Schutz, den ZGB 28 gegenüber dem Schädigungspotential moderner Datenbanken bietet, für ungenügend hält².

B) Die "unbefugte Verletzung" in den persönlichen Verhältnissen

1. Begriff der Widerrechtlichkeit

Auf den Begriff der Widerrechtlichkeit braucht nicht mehr eingegangen zu werden, kann er doch grundsätzlich als bekannt vorausgesetzt werden³.

Wie die Haftung aus Art. 41 OR setzt auch die Haftung aus Art. 28 ZGB die Widerrechtlichkeit der Verletzungshandlung voraus. Eine Verletzung der behandelten Persönlichkeitsrechte ist stets rechtswidrig, soweit nicht aus besonderen Gründen die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist.

2. Der Ausschluss der Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit der Verletzung gilt in drei Fällen als aufgehoben:

1. Sobald ein Gesetz es befiehlt.
2. Sobald der Verletzte in die Verletzung einwilligt oder eingewilligt hat, wobei jedoch ZGB 27 die Schranke bildet.
3. Sobald entweder die besonders geregelten Rechtfertigungsgründe wie Notwehr, Notstand oder Selbsthilfe (OR 52) zur Anwendung gelangen oder der Verletzer ganz allgemein ein besseres Recht hat als der Verletzte. Es kommt dabei zu einer Interessenabwägung zwischen dem verletzten

1 Motion des NR, vom 3. Oktober 1968, betr. die Verstärkung des zivilrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit (ZGB). Anhang A
Aus dem Expertenentwurf (Kommission Lüchinger), der aufgrund dieser Motion entstanden ist, wird an einer anderen Stelle dieser Dissertation eingegangen. Anhang C

2 J. Schucan, S. 111

3 BGE 91 II 405 / 95 II 491 Erw. 6 mit Hinweisen / 97 II 103 Erw. 4

Gut und dem verletzenden¹ (Prinzip der Güter- und Interessenabwägung).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung weist in einem ihrer neueren Entscheide darauf hin, dass eine Persönlichkeitsverletzung nur dann als widerrechtlich zu betrachten ist, wenn nicht ein Grund vorliegt, der die Widerrechtlichkeit ausschliesst².

Man nimmt also die Widerrechtlichkeit so lange als gegeben an, als nicht Gründe vorliegen, die die Widerrechtlichkeit des persönlichkeitsverletzenden Handelns ausschliessen. Man folgt damit der Ansicht Oftingers und nähert sich zugleich der alten subjektiven Theorie, die eine Norm als gegeben annimmt, die jegliche Schadenszufügung verbietet. Rechtmässige Verletzungen sind nur in ganz wenigen Fällen möglich (Notwehr, Notstand u. a. m.).

Von grosser Wichtigkeit ist die Abwägung der gegenüberstehenden Güter oder Interessen. Das Bundesgericht äussert sich dazu in BGE 101 II 197: "Ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist indessen über den Bereich der traditionellen Rechtfertigungsgründe hinaus immer dann als rechtmässig zu betrachten, wenn er in angemessener Wahrung höherer Interessen erfolgt. Der Entscheid über die Widerrechtlichkeit hängt somit weitgehend von einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Güter oder Interessen ab. (Jäggi, a. a. O. S. 213 ff.; Grossen, Schweizerisches Privatrecht II, S. 359; dem., La protection de la personnalité en droit privé, ZSR 1960 II S. 27 a ff.; Merz, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen ..., SJZ 1971 S. 68; Lühinger, Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien, SJZ 1974 S. 324; Hotz, Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes, Diss. Zürich 1967, S. 49 ff.; vgl. auch BGE 95 II 492 Erw. 6). "

¹ Grossen, Schweizerisches Privatrecht, S. 359

² BGE 101 II 196 f

C) Zusammenfassung

Der etwas diffuse Begriff der "persönlichen Verhältnisse" verbunden mit der Problematik des Prinzips der Güter- und Interessenabwägung lassen nebst dem Vorteil der Anpassungsfähigkeit des Art. 28 ZGB einen schweren Nachteil desselben erkennen.

Da Art. 28 ZGB vorwiegend auf ungeschriebenes Recht verweist, ist es Sache des Richters, die notwendige Konkretisierung vorzunehmen, um damit eine generelle Entscheidungsnorm zu finden.

Der Spielraum, der dem wertenden Richter dabei zur Verfügung steht, ist relativ gross, was zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit führt, da die Voraussehbarkeit vermindert wird. Für den allfälligen Kläger ist der Ausgang des Verfahrens völlig ungewiss. Ebenfalls hält die Inkaufnahme eines langen Verfahrens mit entsprechend hohen Prozesskosten den Betroffenen vielfach von einer Klage ab.

Weiter fürchtet der Betroffene, dass die gerichtliche Verfolgung zu einer zusätzlichen Publizität führt.

Merz¹ macht darauf aufmerksam, dass in neun von zehn Fällen auf eine Anrufung des Richters verzichtet wird, da sich der oder die Betroffenen von Anfang an unterlegen fühlen und das "semper aliquid haeret" fürchten.

Es ist darauf hinzuweisen, dass ZGB 28 allein keinen umfassenden Persönlichkeitsschutz gewähren kann, sondern dass erst durch die Verbindung mit OR 49 ein umfassender Persönlichkeitsschutz erreicht und teilweise gewährleistet wird. Bevor jedoch auf OR 49 im Speziellen und auf die übrigen Klagen, die aus ZGB 28 fliessen, eingegangen wird, ist es nötig, die geschichtliche Entwicklung von OR 49 aufzuzeichnen, da nur aufgrund derer auf die Problematik im einzelnen eingegangen werden kann.

Verwiesen sei in diesem Zusammenhang nur darauf, dass OR 49 seiner eigentlichen Funktion nie nachkommen konnte, da die damaligen Interessenvertreter einen sehr starken Druck ausübten und somit den Gesetzgeber zwangen, den Satz "minima non curat praetor" zum Ausdruck zu bringen.

1 H. Merz, S. 92

Dies scheint uns ein entscheidender Punkt zu sein, dass den Klagen bei Persönlichkeitsverletzungen so wenig Erfolg beschieden ist. Die Beratungen im National- wie auch im Ständerat sollen helfen, diesen Punkt herauszukristallisieren.

ZWEITER TEIL: DIE AUF ZGB 28 BERUHENDEN RECHTSMITTEL

§ 2 DER GENUGTUUNGSANSPRUCH NACH OR 49 ABS. 1 und ABS. 2

A) Geschichtliche Entwicklung des Anspruchs

Die geschichtliche Entwicklung des Anspruchs wird nur insoweit berücksichtigt, als sie zur Bestimmung seiner Rechtsnatur notwendig ist.

Dem römischen Recht war eine Reihe von Delikten bekannt, gegen die mit den Mitteln des Privatrechts angegangen werden konnte: Die Privatdelikte.

Aus diesen Delikten erwuchsen für den Verletzten Forderungsrechte als Strafe für den Verursacher. Diese Forderungsrechte konnten mittels dreier Klagen durchgesetzt werden:

1. Klage auf Schadenersatz (reipersekutorische Klage)
2. Klage auf Busse (Pönalklage)
3. Klage auf Schadenersatz und Busse (actio mixta)¹.

Eines dieser Privatdelikte ist die "iniuria". Die "iniuria" (Beleidigung) umfasste jede absichtliche und rechtswidrige Missachtung der Persönlichkeit durch Worte oder Taten². Gemäss den zwölf Tafeln war das Iniurienrecht eng und roh, da es nur eine Klage wegen körperlicher Misshandlung gab, wobei die Absicht der Beleidigung irrelevant war. In ältester Zeit war die Klage nur aufgrund dreier Tatbestände möglich, nämlich wegen "membrum ruptum", "os fractum" und "iniuria factum" (letzteres bedeutete Körperverletzung, körperliche Vergewaltigung überhaupt, wie auch unbefugte Eigenmacht bezüglich Rechtsverfolgung)³.

1 R. Sohm, S. 570

2 J. Wiefels, S. 104

3 J. Wiefels, S. 104

R. Sohm, S. 575

M. Kaser, S. 196 f

Durch die "lex Cornelia" (81 a. Chr. n.) wurde auch noch der Tatbestand des Hausfriedensbruches (domum vi introire) hinzugefügt. Gleichzeitig ordnete die "lex Cornelia" das Verfahren (magistratisch geleitetes Geschworenengericht) für die zivilrechtlichen Fälle der "contumelia"¹.

Für die aufgeführten Tatbestände waren feste Geldbussen vorgesehen.

In der prätorischen Zeit verlangte der Prätor eine erhebliche Beleidigungsabsicht, wobei auch die wörtliche Beleidigung unter den Begriff der "iniuria" subsumiert wurde².

Der Prätor war nur bei den zivilrechtlichen Fällen verpflichtet, die "actio iniuriarum aestimatoria" zu gewähren. In allen andern Fällen lag die Gewährung der "actio" in seinem Ermessen. Somit wurde die Möglichkeit geschaffen, jede absichtliche Nichtbeachtung fremder Persönlichkeit unter den Begriff der "iniuria" zu bringen. Die "actio" wurde damit zu einem die übrigen Rechtsmittel ergänzenden Anspruch, sobald die Voraussetzung der bewussten Rechtswidrigkeit gegeben war.

Durch den allgemeinen Begriff der "iniuria", d. h. der Verletzung der Würde, die jedem freien Bürger zukam, wurde die darauf sich beziehende "actio" nicht nur zu einem allgemeinen Rechtsmittel, sondern sie konnte ebenfalls bei schikanöser Rechtsverletzung³ herangezogen werden⁴.

Man kann die "actio iniuriarum" als "actio vindictae spirans" bezeichnen, denn sie bezog sich auf die persönliche Genugtuung⁵. Daraus ergab sich die aktive Unvererblichkeit der Klage. Erst nach vollzogener "litis contestatio" ging der Anspruch auf die Erben über. Da sie zugleich auch "actio poenalis"⁶ war, war sie ebenfalls passiv unvererblich.

1 R. Sohm, S. 575

2 R. Sohm, S. 576
J. Wiefels, S. 104

3 Jehring, Bd. 23, S. 155 ff.

4 M. Kaser, S. 197
J. Wiefels, S. 104

5 R. Sohm, S. 576

6 Der Richter hatte die Möglichkeit, die Busse nach seinem Ermessen festzusetzen. M. Kaser, S. 197

Bei dieser Klage handelte es sich nicht um einen Ersatzanspruch, da der Sühnegedanke - die Bestrafung des Täters - im Vordergrund stand. Die immateriellen Rechtsgüter wurden somit durch einen Privatstrafanspruch des Geschädigten geschützt¹.

Die auf dem römischen Recht beruhende "actio iniuriarum" fand auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes Eingang in das gemeine Recht. Der Anspruch war immer noch als Privatstrafe ausgestaltet, wobei nicht ausser acht zu lassen war, dass die Körperverletzung und die daraus resultierenden Schmerzen ebenfalls unter den Begriff der Iniurie subsumiert wurden. Dieser Anspruch fand in den einzelnen Gesetzgebungen der deutschen Einzelstaaten Aufnahme².

Voraussetzung zur Zusprechung einer Entschädigung war eine aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügte Verletzung³.

Sowohl das gemeine Recht als auch die deutschen Partikularrechte berücksichtigten bei der Gewährleistung der immateriellen Rechtsgüter nur die körperlich Verletzten. Bei der Zufügung von seelischen Schmerzen wagten sie nicht, eine Vergütung zuzusprechen. Namhafte Persönlichkeiten wie Jehring und Gierke⁴ befürworteten dann jedoch eine Vergütung in diesem Sinne.

Diesen Bestrebungen wurde durch die Schaffung eines "Instituts der Busse" im Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 Rechnung getragen. Der Anspruchsteller hatte aufgrund dieses Gesetzes die Möglichkeit, nebst der Strafe eine Busse bis zum Betrag von 6'000.-- Mark zu verlangen. Allerdings hatte der Verletzte bei erkannter Busse nicht mehr die Möglichkeit, einen weiteren Entschädigungsanspruch geltend zu machen.

1 R. Huguenin, S. 13

2 Im allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten, im österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, im bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, R. Huguenin, S. 14 f

3 Allgemein preussisches Landrecht § 112: "..., denen dergleichen Verletzung aus Vorsatz oder groben Versehen zugefügt worden, ..."

4 Jehring, S. 34-115
Gierke, S. 197/266

Das "Institut der Busse" nahm auf die Verletzung immaterieller Rechtsgüter, im besondern auf die Zufügung von seelischen Schmerzen Bezug¹. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Vergütung des Anspruches durch einen Höchstbetrag vorgegeben war. Innerhalb dieses Betrages konnte der Richter den erlittenen Schmerzen nach freiem Ermessen Rechnung tragen. Obwohl Buss- und Strafcharakter des Anspruches zu überwiegen schienen, liessen sich konkrete Entschädigungsmomente feststellen. Die Funktion der Busse lag im Ersatz für erlittene Schmerzen, zumal bei zugesprochener Busse eine weitere Entschädigung ausgeschlossen war.

Der gemeinrechtliche Schmerzensgeldanspruch fand vor allem in den deutschschweizerischen Kantonen seinen Niederschlag², währenddem die welsche Schweiz sich an das französische Recht anlehnte.

Erwähnenswert ist vor allem die Rezeption des gemeinrechtlichen Schmerzensgeldanspruches durch Bluntschli in das privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich; diente es doch dem Gesetzgeber als legislatorisches Vorbild³ für das a EHG von 1875.

Aus den beiden Paragraphen 1844 und 1845⁴ des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches lässt sich nichts entnehmen, was den Schluss zulässt, dass auch für rein moralische Leiden Ersatz verlangt werden konnte.

1 R. Huguenin, S. 15 f

2 Ausdrücklich erwähnt in folgenden Zivilgesetzbüchern:

a. Kanton Zürich, § 1845

b. Kanton Bern, Satzung 966

c. Kanton Luzern, Art. 718

d. Kanton Aargau, § 801

3 BBl 1874, I, S. 894; BBl 1874, II, S. 943

4 § 1844: "Ist die Tötung mit Vorsatz oder aus grober Fahrlässigkeit verübt worden, so wird die Entschädigung an die Familie abgesehen von der Grösse der Verlassenschaft bestimmt und ist auch eine zu Verlust gekommene Lebensversicherungsanstalt berechtigt, Entschädigung zu fordern. Wenn dagegen nur eine geringe Fahrlässigkeit die Tötung verschuldet hat, so wird bei der Bestimmung jener Entschädigung nur die Notdurft der hinterlassenen Familie berücksichtigt und hat die Lebensversicherungsanstalt keine Forderung auf Schadenersatz geltend zu machen." § 1845: "In dem Falle der Körperverletzung ist der Verletzte berechtigt, Ersatz der Heilungskosten, Entschädigung für die Nachteile der in der Folge derselben bereits eingetretenen und der fortwirkenden gänzlichen oder teilweisen Unfähigkeit zur Arbeit, ein den Umständen angemessenes Schmerzensgeld und über dem, soweit das Fortkommen des Geschädigten erschwert ist, eine durch freies Ermessen zu bestimmende Entschädigung für die verursachte Verstümmelung oder Entstellung zu verlangen."

Wichtig ist vor allem, dass der zürcherische Gesetzestext *expressis verbis* ein Schmerzensgeld einführte¹. Unter dem Einfluss der in den welschen Kantonen herrschenden französischen Auffassung (Art. 1382 Code civil) versuchte der Gesetzgeber bei der Formulierung des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes von 1875 nicht nur den gemeinrechtlichen Schmerzensgeldanspruch zu berücksichtigen, sondern er versuchte, auch das rein seelische Leid zu erfassen (Art. 7 a EHG).

Dieser Art. 7 EHG diente dem Gesetzgeber, wie aus der Botschaft des Bundesrates vom 27.11.1879 hervorging, als Grundlage für das spätere Obligationenrecht.

Die fragliche Norm wurde ihrer speziellen Bedeutung entkleidet und in eine generelle Norm umgewandelt. Bevor jedoch Art. 54 a OR seine endgültige Form erhielt, wurde er mehrmals² umgearbeitet und redaktionellen Änderungen unterzogen.

Im zweiten Entwurf zum aOR (1877) tauchte zum ersten Mal als Zusatz zum damaligen Art. 88 die Norm auf, dass der Richter "bei andern unerlaubten Handlungen ... nach Analogie des Art. 88 verfahren" könne. Aus diesem Zusatz entwickelte sich teils unter dem Eindruck der französischen Rechtsprechung teils unter Berücksichtigung der "actio aestimatoria" und teils aufgrund des gemeinrechtlichen Schmerzensgeldanspruches der Artikel 55 a OR: "Ist jemand durch andere unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden, so kann der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen³."

Die Analogie des Zusatzes zu Art. 88 bezog sich auf jede unerlaubte Handlung und nicht nur auf Körperverletzung oder Tötung. Damit wurde dem

1 U. Winter, S. 24

2 a. In Art. 88 des umgearbeiteten Entwurfes von 1875
b. In Art. 56 des Kommissionsentwurfes von 1877
c. In Art. 60 der bundesrätlichen Vorlage vom 27.10.1879
d. In Art. 54 aOR
R. Huguenin, S. 25 ff.

3 Roetelmann, S. 367 f

Richter die Möglichkeit gegeben, beim Nichtvermögensschaden¹ analog Artikel 54 aOR zu verfahren. Artikel 54 aOR berücksichtigte nicht nur den Ausgleich für körperliche Schmerzen, wie der Anspruch des gemeinen Rechts, sondern auch seelisches Leid, analog dem französischen Recht. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung der seelischen Schmerzen liess sich aus der "actio iniuriarum aestimatoria" herleiten. Analog der "actio iniuriarum aestimatoria" setzte der Genugtuungsanspruch von Artikel 55 aOR eine verschuldete Verletzung der persönlichen Verhältnisse² voraus, wobei entgegen dem gemeinrechtlichen Schmerzensgeldanspruch nicht ein schweres Verschulden vorausgesetzt wurde³.

Der deutsche wie auch italienische Text sahen in der Norm eine "angemessene" Geldsumme als Genugtuung vor. Diese Geldsumme war entgegen dem gemeinrechtlichen "Institut der Busse" nicht zwingend gegeben oder begrenzt, so dass der Richter auch die Möglichkeit hatte, nur einen symbolischen Franken zuzusprechen, um damit eine "Markierung von tort moral" vorzunehmen⁴.

Der französische Text liess mit der Wendung "indemnité équitable" nebst Geld auch andere Möglichkeiten zu. Er trug dem Zweck des Artikels 55 aOR - Wiederherstellung des äusseren Zustandes - vermehrt Rechnung. Eine Möglichkeit war z.B. die Urteilsveröffentlichung, die einerseits den Störungszustand beseitigen oder abschwächen konnte und andererseits gleichzeitig als Genugtuung wirkte⁵. Der heutige Artikel 49 OR entspricht dem Art. 55 des am 1.1.1883 in Kraft getretenen OR. Die Voraussetzungen des damaligen Artikels 55 führten dazu, dass er vor allem gegen die Presse angewandt wurde⁶.

1 Auf die Terminologie wird bei der Besprechung der Rechtsnatur des Anspruches eingegangen werden. Vgl. S. 24 ff.

2 Abgrenzung der persönlichen Verhältnisse. Vgl. S. 1 ff.

3 Roetelmann, S. 372

4 BGE 10, 567

5 Roetelmann, S. 373

6 Voraussetzung für die Genugtuungsklage:

1. Verletzung eines persönlichen Rechtsgutes

2. Kausalzusammenhang

3. Schuld

Vgl. auch K. Specker, S. 345 ff.

Aufgrund der damaligen bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹ hatte der Redaktor für eine unerlaubte Handlung nach den Grundsätzen von aOR 50 ff einzustehen.

Gestützt auf die Normen von aOR war es möglich, die straf- und strafprozessrechtlichen Vorschriften der Kantone zu umgehen, indem die Sühne nicht auf dem Wege des Strafprozesses, sondern mittels der als Surrogat wirkenden Zivilklage erreicht wurde. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung bestätigte dies², indem sie Ziel und Zweck der Klage aus Art. 55 aOR in der Missbilligung des Unrechtes sah. Ob diese Verletzung durch das Mittel der Druckerpresse begangen wurde, war irrelevant. Ebenso, ob daneben noch ein Strafanspruch bestand³.

Eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit wurde immer dann angenommen, wenn der Redaktor nicht beweisen konnte, dass er in gutem Glauben und ohne jegliche Möglichkeit eines Vorwurfes von Fahrlässigkeit gehandelt hatte⁴.

Dies war für die Verantwortlichen schwierig. Ein Indiz dafür bildete die Häufung der Presseprozesse unter der Herrschaft von Art. 55 des OR vom 1.1.1883. Nur unter Berücksichtigung der gesamten Entstehungsgeschichte ist es möglich, die anschliessenden Beratungen in den Räten, die zur endgültigen Fassung des heutigen Artikels 49 OR führten, zu verstehen.

Im Nationalrat wurde darauf hingewiesen⁵, dass der damalige Art. 1063bis OR, der dem alten Art. 55 OR entsprach, bereits bei der Beratung des Art. 28 ZGB am 7. Juni 1905 Anlass zur Diskussion gegeben hatte. Man einigte sich damals, die Genugtuungsleistung erst bei der Beratung des OR zu behandeln und den Fällen die Art. 28 ZGB bereits vorsah, hinzuzufügen⁶.

1 BGE 29 II 682 f Erw. 4

2 BGE 31 II 247 Erw. 4

3 BlZR VI, 1907, Nr. 14

4 BlZR VI, 1907, Nr. 15, S. 21

5 StenBull 19 494

6 StenBull 19 494: "Damals wurde ausgeführt und dann auch im Gesetz ausgesprochen, es solle eine Genugtuungsleistung nur in den vom Gesetz hervorgehobenen Fällen auferlegt werden können. Man verband damit die Meinung, dass bei der Beratung des OR in Anlehnung an den Art. 55

Es wurde bei der Beratung zum OR erkannt, dass die "unerlaubte Handlung", wie sie in ZGB 28 verankert war, auch für OR 1063bis (heutiger Art. 49 OR) den Ausgangspunkt bildete.

Die Tragweite der Verletzung wurde anhand der andern Fälle, auf die ZGB 28 verweist, bestimmt¹.

Im Zusammenhang mit den Voraussetzungen von OR 49 wird dann noch auf die andern Fälle von ZGB 28 genauer eingegangen². Des weitern wollte man den Schadenersatz vollständig von der Genugtuung trennen, wobei man sich zum Teil an den Wortlaut von Art. 55 aOR hielt³.

Von Bedeutung ist zudem Abs. 2 des damaligen Art. 1063bis, der jedoch zu keinen grossen Diskussionen Anlass gegeben hat. Dieser sollte dem Richter die Möglichkeit geben, auf eine andere Art von Genugtuung als nur Geldzahlung erkennen zu können. Gedacht wurde dabei z.B. an die Publikation des Urteils, an die Richtigstellung von Tatumständen usw., wobei das aber vollständig im Ermessen des Richters liegen sollte. Abs. 2 war jedoch nicht abschliessend, sondern nur als Hinweis gedacht⁴.

des geltenden Gesetzes ein solcher Fall zu denjenigen, die im Zivilgesetze selbst sich schon befinden, hinzugefügt werde. Das Zivilgesetzbuch nennt solche Fälle wo eine Genugtuung verlangt werden kann: Einmal den Fall des Namensmissbrauches, Art. 29, ferner den Fall der schweren Verletzung bei Verlöbnißbruch, Art. 93, Abs. 1, weiter der schweren Verletzung bei der Scheidung, Art. 151, Abs. 2, und ferner bei gewissen Voraussetzungen in Verhältnissen der Vaterschaftsklage, Art. 318. Zu diesen im Zivilgesetze selbst schon enthaltenen Fällen, wo die Genugtuung soll zugesprochen werden dürfen, kommt nun Art. 1063bis."

- 1 StenBull 19 494: "Auf diesen Fall der obligationenrechtlichen Verletzung, die nicht im Familienrecht, nicht im Personenrecht, abgesehen von der Voraussetzung der Persönlichkeit selbst ihre Grundlage hat, sondern in der unerlaubten Handlung, hat man nun nach den Vorschlägen Ihrer Kommission nicht schlechtweg den Wortlaut des Art. 55 anwenden wollen, sondern man hat sich veranlasst gesehen, die bisherige Fassung einiger-massen zu verändern, ..."
- 2 Vgl. S. 86 ff. / S. 116 ff. / S. 149 ff. / S. 162 ff.
- 3 StenBull 19 494: "... und anderseits in der Weise, dass an Stelle des Ausdrucks: "Wer in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt wird", der andere gestellt wurde: "Wer in seinen Verhältnissen verletzt wird, kann, wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt" etc. Darin sollte eine Abklärung der Genugtuungsleistung und einer Erschwerung ihrer Voraussetzung liegen."
- 4 StenBull 19 494 ff. (E. Huber)

Wie diese "andere Art der Genugtuung" in der heutigen Zeit aussieht, wird in einem andern Zusammenhang behandelt werden¹.

Kernstück des heutigen Artikels 49 OR bildet die Voraussetzung der "besondern Schwere des Verschuldens". Wie es dazu kam, soll nun anhand der parlamentarischen Debatten näher erläutert werden.

Bei der Beratung im Jahre 1905 wurde der Vorschlag gemacht, dass eine Genugtuung ausgeschlossen sei, wenn die Bestrafung dem Verletzten genügend Satisfaktion gebe. Dieser Vorschlag wurde vorläufig zur Kenntnis genommen, um dann bei den Beratungen des OR näher darauf einzugehen. Im Jahre 1908 wurde von NaRat Brüstlein² der nämliche Antrag nochmals gestellt. Die nationalrätliche Kommission arbeitete daraufhin einen Absatz 3 von Art. 1063bis aus: "Wer eine Ehrverletzung strafrechtlich verfolgt, kann eine Geldsumme als Genugtuung überhaupt nicht verlangen."

Dieser Absatz 3 war vollkommen zweckgerichtet, um die Bedrohung der Presse zu mildern und die Uebelstände zu beseitigen. Die Presse jedoch konnte sich mit dem Vorschlag der Kommission nicht befreunden. Zur Demonstration trat die Presse am Sonntag den 17.10.1909, einen Tag vor der nächsten Verhandlung, in Zofingen zusammen, um noch einen weiteren Antrag auszuarbeiten. Abs. 3 sollte durch eine neue Fassung ersetzt werden. Der Gehalt dieses Antrages war der gleiche, wie der im Jahre 1905 bereits von Brüstlein vorgebrachte und von der Presse unterstützte³. Die Interpretationsschwierigkeiten, die sich jedoch abzeichneten, führten zu einer Ablehnung durch die Kommission. Ebenfalls wurde im gleichen Atemzuge Abs. 3 von Art. 1063bis gestrichen, da dieser der Vermittlung dienende Absatz von der Presse als unzweckmässig bezeichnet wurde. Mit Abs. 1 und 2 jedoch erklärte sich die Presse einverstanden, wobei die Kommission als Kompromiss für die vorgenommene Streichung des Abs. 3 das Wort "besondere" zu der "Schwere der Verletzung" hinzufügte, um damit eine Verschärfung der Voraussetzungen zu erreichen⁴.

1 Vgl. S. 64 ff.

2 NaRat, Chefredaktor der "Grenzpost", Dr. iur., Rechtsanwalt

3 "Diese Geldleistung ist ausgeschlossen, wenn die Bestrafung des Verletzten eine ausreichende Genugtuung bietet."

4 StenBull 19 495

Bei diesem Vorschlag blieb es mit Ausnahme redaktioneller Aenderungen im NR, obwohl noch nachträglich heftige Diskussionen stattfanden¹.

Auch diese späteren, divergierenden Meinungen sind kurz darzustellen, denn sie zeigen die Problematik plastisch auf. NaRat Brüstlein argumentierte in der Weise, dass er die Begehrlichkeit auf die Geldsummen unter der herrschenden Regelung von Art. 55 OR vom 1.1.1883 anprangerte, wobei er vor allem auf die unteren sozialen Schichten verwies, die rege dieses Rechtsmittel missbrauchten. Auch wenn die Genugtuungssummen schlussendlich wohlthätigen Zwecken zu Gute kämen, ändere sich an der Verwerflichkeit nichts. Man habe es nur mit einer feineren Form der Betätigung des Egoismus zu tun.

Auch führte er ins Feld, die Praxis zeige, dass Presseehrverletzungen wegen der Subjektivität des Richters zu wenig objektiv beurteilt würden.

Allein das Hauptargument lag in der Subsidiarität und in der Sühne-funktion der Genugtuung. Die Strafe sollte nach seiner Ansicht eine genügende Genugtuung für den Verletzten darstellen, zusätzliche zivilrechtliche Ansprüche zu gewähren, sei verfehlt und führe zu den genannten Missständen².

Die Gegenargumentation des Kommissionspräsidenten Bühlmann wies tref-fend darauf hin, dass aufgrund des Fehlens eines einheitlichen schweize-rischen Strafgesetzbuches, eine einheitliche Rechtsprechung nicht möglich sei. Ebenfalls richte sich Art. 1063bis nicht nur gegen die Presse, sondern sein Zweck sei der Schutz der persönlichen Ehre und Integrität. Bei Ver-letzung derselben müsse eine Sühnemöglichkeit bestehen, unabhängig von

1 StenBull 19 504 - 517

Es sei darauf hingewiesen, dass nicht nur im NR die Meinungen aus-einandergingen, sondern dass auch die Ansichten in der Presse verschie-den waren.

M. Rossel zitiert in StenBull 19 499 eine welsche Zeitung: "Quant à la presse, heuresement peu repandue, mais qui existe cependant chez nous, qui vit de scandale, et qui en exploitant les plus basses passions du public, cherche dans la diffamation et dans les attaques personnelles un élément de succès financier ou politique, il est juste que le juge puisse l'atteindre dans le seul point qui lui soit sensible, dans son portemon-naie."

2 StenBull 19 504-505

einer strafrechtlichen Sühne. Der Verletzte allein solle entscheiden können, welche Art der Sühne er vorziehe¹.

Wichtig erscheint mir bei der Analyse der Argumente zu sein, dass der Sinn der Genugtuung in der Sühne² liegt.

Die ständerätliche Kommission schlug folgende Fassung vor:

"Ist eine strafrechtliche Verurteilung wegen Ehrverletzung erfolgt, so kann nicht noch auf eine Geldsumme als Genugtuung erkannt werden³."

Der Vorschlag wurde aber abgelehnt, da eine Kumulation einfach dadurch erreicht worden wäre, indem zuerst zivil- und dann strafrechtlich geklagt worden wäre. Des weitern wäre der Zweck der Genugtuung unterhöhlt worden⁴.

Die Kommission arbeitete darauf hin einen Vorschlag aus, der sich nicht bloss auf die objektive, sondern auch auf die subjektive Würdigung des Tatbestandes bezog, indem "die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens" vorausgesetzt wurde⁵. Man wollte damit erreichen, dass nur ernstliche Verletzungen der persönlichen Verhältnisse gehandelt werden können. Dies wurde vor allem noch durch das Wort "besondere" erreicht.

Wie eben aufgezeichnet wurde, kann der Artikel 1063bis OR als Produkt eines Kompromisses betrachtet werden, wobei Druck vor allem von seiten der Presse ausgeübt wurde. Man wollte der Genugtuung nicht dieselbe Wirkung zugestehen, wie sie sie unter a OR 55 genossen hatte, wobei auch noch der Gedanke der Sühne von grosser Tragweite war⁶.

1 StenBull 19 505 - 507

2 Brockhaus (Edition 1975, 5. Bd.) definiert Sühne mit folgenden Worten: "Vertrag, Friedensschluss, Busse, Genugtuung, Vergeltung; Schuld und Sühne."

3 StenBull 20 169 ff.

4 K. Specker, S. 352

5 StenBull 20 282

6 Die beiden Berichterstatter der Kommission haben dies klar zum Ausdruck gebracht.

StenBull 20 S. 282 (Hoffmann): "... Es ist der alte Art. 55 des OR. Die Tendenz der Bestimmung im neuen Gesetz ging auf eine möglichste Einschränkung der Genugtuungsklage. Es wurde allseitig anerkannt, dass Art. 55 des geltenden OR in der Praxis vielfach missbraucht worden ist und zwar namentlich bei Pressedelikten. Die Einschränkung, die wir

Der Artikel 1063bis erhielt folgenden definitiven Wortlaut, der dann als Art. 49 in das heutige OR Eingang fand:

"Wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, hat bei Verschulden Anspruch auf Ersatz des Schadens und, wo die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung.

Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen."

nun vorgenommen haben, erfolgt in der Fassung des Ständerates dadurch, dass wir nicht bloss auf die objektive Würdigung der Verletzung abstellen, sondern auch auf den subjektiven Tatbestand. Nach beiden Richtungen, objektiv und subjektiv, muss eine ernstliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse vorliegen. Das wird nun durch die Beifügung des Wortes "besondere" noch verschärft. Im nationalrätlichen Beschluss war von der besonderen Schwere der Verletzung die Rede, und wir beantragen ihnen mit dem Nationalrate zu sagen "die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens". Dadurch soll dafür gesorgt sein, dass der Artikel nicht zu einer KNEBELUNG DER FREIEN MEINUNGS-AEUSSERUNG IN DER PRESSE missbraucht werden kann. Dass dabei die persönliche Ehre des Einzelnen und seine Persönlichkeit deswegen nicht vogelfrei sein sollen, ist in der Diskussion dieses Artikels in den beiden Räten so deutlich zum Ausdruck gekommen, dass gewiss die Praxis sich daraus eine Lehre ziehen wird."

StenBull 20 S. 331 (Huber): "... Man hat auch im Nationalrat an den subjektiven und objektiven Tatbestand gedacht. Allein es dient zur Verdeutlichung, wenn man im Gesetze selbst von Verletzung und Verschulden spricht. Die Kommissionen sind nun einig, die Divergenz in der Weise zu lösen, dass kumuliert und von besonderer Schwere der Verletzung und des Verschuldens gesprochen wird. Damit glauben wir den Bedenken, die gegen Art. 55 zu Tage getreten sind, noch einen Schritt weiter entgegenzukommen, als jeder der beiden bisherigen Beschlüsse für sich genommen. Dabei ist dann aber noch zu beachten, dass in der Redaktion dieser Bestimmung eine Verbesserung eintreten kann und wünschenswert ist, indem wir die Vorschrift anschliessen an ähnliche Bestimmungen im Zivilgesetzbuch, z.B. an Art. 93, 151 und 318."

B) Rechtsnatur

Die historische Entwicklung der Genugtuung zeigt, dass ihr Ursprung im Strafrecht beziehungsweise in dem noch nicht geschiedenen Straf- und Zivilrecht - in der Schadenswiedergutmachung - liegt¹.

Obwohl der Ursprung der gleiche ist, handelt es sich bei der Genugtuung nicht um Schadenersatz und die immaterielle Unbill kann auch nicht als Schaden bezeichnet werden. Der Schaden, der die Voraussetzung zur Zurechnung von Schadenersatz bildet, ist nach schweizerischem Recht eine Vermögensverminderung. Diese Vermögensverminderung stellt eine rechnerische Grösse dar, die ermittelt wird, indem man die Differenz berechnet zwischen dem jetzigen Vermögensstand des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte². Damit man von Schaden im Haftpflichtrecht sprechen kann, ist nebst der Voraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen dem schädigenden Ereignis und der Vermögensverminderung notwendig, dass die Vermögensverminderung gegen oder ohne den Willen des Vermögensherrn eingetreten ist³.

Das Vermögen im weitesten Sinne interpretiert, besteht aus Rechten jeglicher Art; sei es Eigentum an Sachen, seien es dingliche Rechte, seien es Forderungen usw.⁴. Es handelt sich dabei um alle Güter, deren Verletzung einen ökonomischen Nachteil bei der berechtigten Person bewirken. Der Schaden besteht somit nicht in der Beeinträchtigung des Gutes, sondern er muss sich auch in wirtschaftlicher Hinsicht auswirken⁵.

Bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten hat man es folglich nur dann mit einem Schaden zu tun, wenn ein wirtschaftlicher Nachteil errechnet

1 T. Remé, S. 36

2 von Thur/Escher, S. 84; K. Oftinger, Bd. I, S. 53; Im Hof, S. 13 ff. / 51 ff.; Becker N 6 zu OR 41; BGE 97 II 176

3 von Thur/Escher, S. 84; K. Oftinger, Bd. I, S. 54

4 von Thur/Escher, S. 85; K. Oftinger, Bd. I, S. 53

Chr. Burckhardt (S. 483) äussert sich dazu folgendermassen: "Oekonomischer Schaden mag er noch so weit zurückliegen, ist und bleibt ein offenes Loch im Vermögen, bis es zugeschüttet wird; ..."

5 K. Oftinger, Bd. I, S. 53; Szöllösy, S. 27

werden kann. Bei körperlichen und seelischen Schmerzen, die keinen wirtschaftlichen Nachteil bewirken wie z.B. in Form von verminderter Arbeitsfähigkeit oder in Form von zu erbringenden Heilungskosten usw. kann nicht von immateriellem Schaden gesprochen werden, sondern es handelt sich hier um immaterielle Beeinträchtigung oder Unbill¹, sogenannte "tort moral"².

Der Schaden wird durch den Schadenersatz wiedergutmacht, indem vom Schädiger oder einem andern versucht wird, denjenigen wirtschaftlichen Zustand wiederherzustellen, wie er ohne das schädigende Ereignis wäre. Eine solche Wiedergutmachung kann sowohl durch Geld als auch durch Naturalleistung erfolgen³.

Auf der einen Seite steht somit die Vermögensverminderung auf der andern der Schadenersatz, mittels dessen wieder ein Ausgleich geschaffen wird. Diese beiden Grössen müssen jedoch gegenüber einander abwägbar sein. Dies bedingt einen gemeinsamen Nenner, wie zum Beispiel Geld⁴.

Die immaterielle Unbill ist jedoch nicht messbar, d.h., dass sie nicht mit Geld vergleichbar ist. Die beiden Grössen stehen einander als "inkommensurabel" gegenüber⁵.

Verglichen mit dem Schadenersatz ist die Genugtuung kein Ersatz für immaterielle Unbill, denn es kann ihr kein vergleichbares Äquivalent gegenübergestellt werden⁶.

1 von Thur/Escher, S. 125 f

In unserer Rechtsordnung gilt nur der Vermögensschaden als Schaden. Ein immaterieller Schaden ist niemals ein Vermögensschaden, demzufolge kann es ihn auch nicht geben. K. Oftinger, Bd. I, S. 256.

2 P. Tercier definiert auf S. 17 "tort moral" folgendermassen: "Le tort moral est le préjudice qui affecte la victime dans sa personne et diffère du dommage au sens propre."

3 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 63 / S. 250 ff.

4 U. Winter (S. 33) benützt eine andere Terminologie, indem er von einem gemeinsamen Massstab und einem auf beide Grössen gleichermaßen anwendbaren Wertmesser spricht.

5 Chr. Burckhardt, S. 473 ff. und 483: "... Vor allem aber: erlittenen Schmerz kann man zwar vergüten, aber nicht ersetzen; wirklich ersetzbar ist nur Vermögensschaden, ideeller Schaden und Geld stehen in keinem Wertverhältnis; ..."

6 H. Degenkolb, S. 23; U. Winter, S. 33

Und trotzdem gehört die Genugtuung aufgrund ihrer Stellung im Gesetz im weitesten Sinn zum Schadenersatz, doch nimmt sie dort insofern eine Sonderstellung ein, als es sich weder um Schaden noch um Ersatz handelt¹. Gemäss unserer Rechtsordnung gibt es keinen immateriellen Schaden und demzufolge kann die Genugtuung auch nicht Schadenersatz für immaterielle Unbill sein.

Da aufgrund der Terminologie die juristische Natur des Rechtsverhältnisses nicht festgestellt werden kann, wird nun versucht, mittels des Charakters und der Funktion der Genugtuung zu einer Lösung zu gelangen. Das Motiv der Genugtuung besteht in der Achtung des Lebens, dem Schutz der körperlichen und seelischen Integrität und der Bewahrung der Menschenwürde². Mit der Genugtuung soll auf zivilrechtlicher Basis versucht werden, einen Schutz der Persönlichkeit zu erreichen. Aufgrund dieses Zieles und aufgrund der Sonderstellung der Genugtuung im Schadenersatzrecht (seit der Revision des Obligationenrechts zu Beginn dieses Jahrhunderts) wird von vielen Autoren³ auf den pönalen Charakter der Genugtuung geschlossen, vielfach bedingt durch die geschichtliche Entwicklung aus der Privatstrafe. Oftinger⁴ hält dem entgegen, dass der Zweck der Genugtuung im Ausgleich liege, den die pekuniäre Leistung zu verschaffen vermöge. Es soll durch die Geldleistung ein Ausgleich für körperliche und seelische Schmerzen, verminderten Lebensgenuss, Störung des seelischen Wohlbefindens usw. geschaffen werden. Der Zweck der Genugtuung liegt somit nicht in der Vermögensverminderung beim Verursacher, sondern in dem Vermögensvorteil beim Geschädigten, aufgrund dessen der Verletzte die Möglichkeit hat, sich beliebigen Genüssen zuzuwenden, die ihm ermöglichen, den seelischen Schmerz zu vergessen. Des weitern führt er an, dass das Verschulden als Voraussetzung der Genugtuung nicht mehr anerkannt und vielfach aus dem Gesetz verschwunden ist (vgl. SVG 62 I / OR 47). Ebenfalls ergibt sich aus dem Motiv der Genugtuung, dass sie nicht mehr als

1 U. Winter, S. 40

2 K. Oftinger, Bd. I, S. 289; T. Remé, S. 29

3 R. Huguenin, S. 30; T. Remé, S. 26; Grossen, ZSR 79, S. 37 a; Stark, ZSR 86 II, S. 78

4 K. Oftinger, Bd. I, S. 289 ff.

private Sühne angesehen werden kann. Dies bezieht sich nicht nur auf die Genugtuung basierend auf OR 47, sondern auch auf OR 49, obwohl Oftinger sich dazu gar nicht äussert¹ und von Büren geradezu von einer pönalen Funktion bei OR 49 spricht².

Nach der hier vertretenen Meinung kann bei OR 49 nicht von einer pönalen Funktion der Genugtuung gesprochen werden. Würde man der pönalen Ansicht folgen, so würde das nämliche Rechtsinstitut verschieden interpretiert werden. Sicherlich klingen strafrechtliche Assoziationen an, doch ist dies lediglich eine sekundäre Erscheinung. Die Vertreter der pönalen Interpretation stützen sich vor allem auf das Verschulden des Täters als Voraussetzung des Genugtuungsanspruchs. Sie vergessen jedoch, dass beim Schadenersatz, der zur analogen Betrachtung herbeigezogen werden kann, das Verschulden in einem gewissen Verhältnis zur Haftung steht. Gemäss Art. 43 OR hat der Richter die Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden anhand der Grösse des Verschuldens zu würdigen. So wenig wie der Schadenersatz ziviles Unrecht bestrafen will, will es die Genugtuung. Dadurch, dass bei schwerwiegendem Verschulden die Haftung wächst, findet der Gedanke der pönalen Interpretation Anklang. Für den Schädiger kann dies wie eine Strafe wirken, doch ist dies nichts anderes als eine indirekte Wirkung der Proportionalität von Verschulden und Haftung³. Genau gleich verhält es sich bei OR 49. Wie sich aus der geschichtlichen Entwicklung⁴ des Anspruchs entnehmen lässt, trug man mit dem Erfordernis der besondern Schwere des Verschuldens lediglich den Bedenken der Presse Rechnung. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Massnahme nur seine Zurückhaltung gegenüber dem Ausgleich seelischer Unbill durch Geld zum Ausdruck bringen⁵.

Kann seelischer Schmerz überhaupt durch Geld aufgewogen oder ausgeglichen werden? Wird aufgewogen, Ausgleich oder gar Ersatz geleistet? Es ist sicherlich richtig, dass die Unversehrtheit - sei sie nun körperlich

1 K. Oftinger, Bd. I, S. 291 N 23

2 B. von Büren, S. 86

3 T. Remé, S. 28

4 Vgl. S. 12 ff.

5 P. Jäggi, S. 189a

oder seelisch - unschätzbar ist und deshalb in Geld gar nicht veranschlagt werden kann¹.

Man kann dies als hohe ethische Haltung bezeichnen, doch darf nicht vergessen werden, dass durch die zunehmende Verfeinerung der menschlichen Empfindsamkeit der Schmerz den Menschen erheblich belastet. Rechtsauffassung und Rechtsethos rufen nach einer grösseren Aufmerksamkeit gegenüber dem Einzelmenschen, da in der heutigen Zeit die körperliche und seelische Unversehrtheit als eines unserer höchsten irdischen Güter angesehen werden muss². Wird nun eines dieser Güter verletzt, so muss versucht werden, eine Wiedergutmachung zu erreichen. Seelische Schmerzen sind jedoch sehr schwierig zu beurteilen, da körperliche Veränderungen oftmals ganz fehlen und seelische Reaktionen nicht veranschaulicht werden können. Zudem werden seelische Qualen individuell ganz anders verarbeitet. Es kann deshalb nur versucht werden, die negative seelische Situation in dem Sinne zu verbessern, als man dem betroffenen Menschen die Möglichkeit gibt, die Beeinträchtigung der Lebensfreude zu beseitigen³.

Da sich ein unmittelbarer Vergleich von immateriellen Gütern mit Geld somit nicht anstellen lässt, greift man zu einer Hilfskonstruktion.

Man verschafft dem Geschädigten einen Vermögensvorteil in der Absicht, dass er sich damit beliebigen Genüssen zuwenden kann, um die immaterielle Unbill zu vergessen. Diese Genüsse stehen in einer gewissen Relation zu Geld. Damit stehen immaterielle Unbill und Geld in einem mittelbaren Verhältnis zueinander.

Szöllösy⁴ betont, dass man nicht von einem Ausgleich der immateriellen Unbill sprechen kann, sondern dass "eher nur aufgewogen" wird, indem dem Verletzten durch Verschaffung eines Vermögensvorteils zu einem seelischen Wohlgefühl verholfen wird. Das Ziel der Genugtuung liegt nicht in der "Aufhebung des Unlustgefühls", sondern in der "künstlichen Schaffung eines neuen Lustgefühls"⁵.

1 Diese beiden stehen sich als "inkommensurable" Grössen gegenüber.

2 K. Oftinger, Bd. I, S. 291

3 C.B. Bloemertz, S. 31

4 Szöllösy, S. 29 FN 12

5 Chr. Burckhardt, S. 484

Es soll eine pekuniäre Kompensation zu den ausgestandenen Schmerzen erfolgen, wobei durch das Geld weder die Verletzung repariert noch die Leiden beseitigt werden können. Die Genugtuung soll dem Verletzten Freude bereiten und ihm "Satisfaktion" verschaffen¹.

Die Funktion der Genugtuung entspricht der des Schadenersatzes. Nur kann nicht von Ersatz gesprochen werden, da die immaterielle Unbill gar nicht ersetzbar ist². Immaterielle Unbill kann auch nicht beseitigt werden, sondern sie kann nur in Vergessenheit geraten, wenn dem Verletzten die Möglichkeit gegeben wird, sich mittels Geld andern Genüssen zuzuwenden. Aufgrund dieser Erwägungen besteht die Funktion der Genugtuung in der Schaffung eines Ausgleichs.

Der Kern der Verletzung, wie auch der Zweck der Genugtuung, ist rein psychischer Natur, indem durch eine materielle Hingabe ein mittelbares Aequivalenzverhältnis zur immateriellen Beeinträchtigung geschaffen wird in Form einer Genugtuung. Die Genugtuung erzeugt Genugtuung - Satisfaktion - beim Verletzten.

Dieser psychologische Effekt darf nicht überbewertet werden, obwohl die Satisfaktion sehr nahe bei Sühne³ und Rache steht. Diesem Gedanken kann nur insoweit gefolgt werden, als der Satisfaktionseffekt sich unmittelbar aus der erhaltenen Geldleistung ergibt. Von einem akzessorischen Strafcharakter⁴, bedingt durch die Vermögensverminderung beim Verursacher, kann meines Erachtens nicht gesprochen werden. Ebenfalls kann der Meinung von Tercier⁵ - Berücksichtigung der Rache- und Strafgedankens durch den Richter - nicht gefolgt werden.

Durch die Praxis wird diese Interpretation vor allem in bezug auf OR 47 wiederlegt, da die Genugtuung in den meisten Fällen nicht durch den Haftpflichtigen, sondern durch dessen Haftpflichtversicherer erbracht wird. In

1 R. Brehm, 291; Im Hof, S. 37 ff.

2 Nur Vermögensschaden kann ersetzt werden.

3 Vgl. Brockhaus (Edition 1975 V. Bd.) Definition von Sühne: "Vertrag, Friedensschluss, Busse, Genugtuung, Vergeltung: Schuld und Sühne."

4 R. Brehm, SVZ 1966, S. 104

5 P. Tercier, S. 107

den Fällen von OR 49 wird die Genugtuung noch vielfach vom Verursacher erbracht. Aufgrund dieses Umstandes darf jedoch nicht auf einen "akzes-sorischen Strafcharakter" geschlossen werden. Würde man dieser Ansicht folgen, so würde man ein und dasselbe Rechtsinstitut verschieden interpretieren. OR 49 und OR 47 unterscheiden sich nur insofern voneinander (abgesehen von den geschichtlich begründeten Voraussetzungen) als in OR 47 ein spezifischer Tatbestand von OR 49 geregelt ist. Des weitern hätte der Richter immer noch die Möglichkeit, analog OR 44 zu verfahren.

Wie bereits erwähnt wurde, sollte mittels Charakter und Funktion der Genugtuung versucht werden, Anhaltspunkte zur Frage der Rechtsnatur zu finden. Fassen wir zusammen, so gelangen wir zu folgender Definition: "Die Genugtuung als höchstpersönlicher Rechtsanspruch stellt die Sanktion der unerlaubten Handlung dar. Ihr Ziel ist der Schutz der persönlichen Verhältnisse. Dieses Ziel wird erreicht, indem ein Ausgleich - in Form von Geld - zur immateriellen Unbill geschaffen wird. Dieser Ausgleich kann jedoch nicht als Schadenersatz qualifiziert werden, da eine Wiederherstellung des immateriellen Gutes - bedingt durch seine Natur - nicht möglich ist."

1. Vergleich zwischen den verschiedenen Rechtsnaturtheorien

Jäggi¹ weist in seinen Ausführungen auf die Notwendigkeit der Erfassung des Genugtuungsanspruchs hin, da sich der Anspruch erst bei Erfassung der Eigenart in das "System der Unrechtsfolgen" einreihen lässt. Er sieht den Zweck der Genugtuung darin, dass sie eine Ausgleichsfunktion erfüllt. Dem Betroffenen wird nach seiner Ansicht mittels der Genugtuungssumme zu einem Wohlgefühl verholfen, indem ihm ein Vermögensvorteil verschafft wird. Jäggi unterscheidet nicht zwischen der Entschädigung basierend auf OR 47 und OR 49. Er betont, dass mittels der Genugtuung kein Störungszustand beseitigt werden kann. "Vor allem aber ist das Wohlgefühl, das sie zu verschaffen bestimmt ist, nicht zu verwechseln mit der Genugtuung, welche mit der Anerkennung des geschehenen Unrechtes durch den Störer

1 P. Jäggi, S. 185a

oder durch den Richter eintritt. Genugtuung der letzten Art besteht darin, dass das verletzte Rechtsgefühl befriedigt wird. Sie wird nicht erst durch die Zahlung einer Genugtuungssumme erreicht, sondern schon durch die Verurteilung hiezu, und nicht nur durch ein solches Urteil, sondern ebenso sehr durch ein anderes Urteil, das implicite die Widerrechtlichkeit der Störung feststellt (z. B. die Verurteilung zu Schadenersatz), oder durch freiwillige Anerkennung des Unrechtes durch den Störer. Somit ist der Zahlung einer Genugtuungssumme einzig eigen, dass sie einen Vorteil verschafft, der als (freilich unvollkommener) Ausgleich für seelische Unbill dienen kann. Diese Klarstellung erlaubt es, die Genugtuungsklage gegenüber der Beseitigungs- und der Feststellungsklage abzugrenzen¹."

Aufgrund der Stellung des Anspruchs tritt Jäggi für eine Harmonisierung der Voraussetzungen ein. Nach seiner Ansicht ist der Unterschied in den Voraussetzungen sachlich nicht gerechtfertigt und nur auf den Umstand zurückzuführen, dass man den "Bedenken der Presse" Rechnung tragen wollte².

Weil dies nicht richtig erkannt wurde, verlangte der Gesetzgeber in Art. 42 MFG (im Gegensatz zum heutigen Art. 62 I SVG) Verschulden als Voraussetzung der Genugtuung. Vor allem diese Denkweise führte dazu, dass vermehrt auf die pönale Funktion der Genugtuung abgestellt wurde.

Sowohl Schumacher³ wie auch Riklin⁴ sind bezüglich der Rechtsnatur der Genugtuung der gleichen Meinung wie Jäggi. Ihre Theorien unterscheiden sich jedoch in bestimmten Einzelfragen, auf die an anderer Stelle dieser Darstellung eingegangen wird.

Tercier⁵ umschreibt "tort moral" als Nachteil, den das Opfer in seiner Persönlichkeit erleidet und der sich vom Schaden im eigentlichen Sinne unterscheidet. Er umschreibt den immateriellen Nachteil in negativer Form, da eine positive Definition sehr schwierig ist, wie sich auch aus den vorne erwähnten parlamentarischen Debatten ergibt.

1 P. Jäggi, S. 187a

2 derselbe S. 189a N 103

3 R. Schumacher, S. 201 ff.

4 F. Riklin, § 17

5 P. Tercier, S. 17

Durch eine Zusammenfassung verschiedener Theorien¹ gelangt Tercier zu folgender Definition der Genugtuung (S. 57): "... le tort moral apparaîtrait comme la diminution du bien-être de la victime consécutive à une diminution de sa personnalité."

Diese Definition bezeichnet er als praxisbezogen, da einerseits die subjektiven Momente der Genugtuung berücksichtigt werden und andererseits im Sinn und Geist des Gesetzgebers gehandelt werde. Wird jedoch diese subjektive Theorie konsequent verfolgt, so sind nur zurechnungsfähige natürliche Personen aktivlegitimiert, obwohl das Bundesgericht in BGE 95 II 481 ff. die Aktivlegitimation einer juristischen Person bejaht hat.

Tercier analysiert vorerst diejenigen Theorien, die in der Genugtuung ein rein zivilrechtliches Institut sehen. Aufgrund dieser Ansichten wird der Genugtuung eine reparative Funktion zugesprochen. Durch die Zuwendung einer Genugtuung erhält der Verletzte die Möglichkeit, das seelische Leid mittels Anschaffung von Annehmlichkeiten auszugleichen². Den verletzten persönlichen Gütern wird ein Vermögensvorteil gegenübergestellt.

Auf der andern Seite weist Tercier³ darauf hin, dass sich in der Schweiz keine Vertreter einer extremen pönalen Funktion der Genugtuung finden. Es finden sich jedoch noch verschiedene Autoren⁴, die darauf hinweisen, dass der pönale Charakter der Genugtuung nicht unterschätzt werden dürfe, obwohl die zivilrechtlichen, reparativen Gesichtspunkte dominieren.

Tercier versucht wieder mittels einer Synthese zu einem Ziel zu gelangen. Er geht davon aus, dass die immaterielle Unbill bezüglich Form und Inhalt bei allen Verletzungen der persönlichen Verhältnisse gleichartig ist.

Der Ausgangspunkt aller Klagen auf Genugtuung ist somit derselbe, wobei dieses Fundament relativ ist, da eine Wiedergutmachung des immateriellen Nachteils nur unvollkommen gelingt.

1 P. Tercier, S. 47 ff.

2 derselbe S. 99 f

3 derselbe S. 101

4 Zu diesen Autoren gehören: K. Oftinger, Bd. I, S. 257 (vorletzte Ausgabe); Grossen, ZSR 79, S. 36; Stark, ZSR 86, S. 78; Gilliard, ZSR 79, S. 101 und ZSR 86, S. 257; von Büren, S. 86

Mehrere Genugtuungsfunktionen für ein und dasselbe Rechtsinstitut anzunehmen, ist nach seiner Meinung gefährlich, da dies zu einer Rechtsunsicherheit führen könnte. Die Wiedergutmachung der immateriellen Unbill¹ ist deshalb sehr schwierig, weil Aufgabe und Inhalt dieser "réparation" schwer zu bestimmen sind. Steht der Reparationsgedanke im Vordergrund, so muss ein Aequivalent für das seelische Leid gefunden werden. Dieses Aequivalent kann jedoch weder nach subjektiven noch nach objektiven Kriterien bestimmt werden. In subjektiver Hinsicht ist es unmöglich, da der Richter psychisches Leid weder erkennen noch erfassen kann.

Der objektiven Ansicht steht die Tatsache entgegen, dass die Genugtuung nach subjektiven Kriterien bestimmt werden muss.

Auch Tercier billigt der Genugtuung einen gewissen pönalen Charakter zu, doch ist dies nach seiner Meinung nicht auf das Verschulden als Voraussetzung zurückzuführen und nur von sekundärer Bedeutung, zumal das Prinzip der Verschuldenshaftung generell solche Elemente aufweist.

Von Büren² jedoch ist der Ansicht, dass der Genugtuungsanspruch bei OR 49 pönaler Natur ist, bedingt durch die Voraussetzung der besondern Schwere des Verschuldens. Getrennt davon behandelt er den Anspruch bei OR 47. Nach seiner Ansicht soll mittels der Genugtuung ein Ausgleich geschaffen werden "für die materiell nicht erfassbaren Konsequenzen von Tötung und Körperverletzung"³. Das rein sachliche Ziel erfordere deshalb auf Seite des Schädigers keine besondere Qualifikation des Verhaltens, wie bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen.

Stark⁴ weist darauf hin, dass Geld und immaterielle Unbill sich als inkommensurable Grössen gegenüberstehen. Nach seiner Ansicht stellt die Verurteilung zur Bezahlung einer Genugtuungssumme einen "Notbehelf" dar, da von einem eigentlichen Ausgleich nicht gesprochen werden kann. Verschulden als Voraussetzung zur Zusprechung einer Genugtuung weist auf

1 P. Tercier, S. 102 ff.

2 B. von Büren, S. 86

3 derselbe S. 85

4 Stark, ZSR 68, S. 78

den pönalen Charakter hin im Gegensatz zu OR 47, wo das Verschulden lediglich eine Berechnungsgrösse darstellt.

Stark stützt sich vor allem auf die Ausführungen Oftingers¹, der eine pönale Konzeption der Genugtuung abweist, ihr jedoch gewisse pönale Züge zugesteht, trotz der Tatsache, dass sich dieser Aspekt nicht in das System des Zivilrechts einreihen lässt. Oftinger erklärt sich diesen Umstand damit, dass die menschliche Natur in der Genugtuung einen Loskauf von Strafen wie im alten germanischen Recht sieht.

In seiner letzten Auflage² drängt er die vorher vertretene pönale Interpretation in den Hintergrund, da sich das Motiv der Genugtuung klar herausgebildet hat. Obwohl er nur von der Genugtuung bei OR 47 spricht und speziell darauf verweist, dass der Anspruch bei OR 49 nicht erörtert werde, kann davon ausgegangen werden, dass er den Anspruch auf Genugtuung nicht verschieden interpretieren würde³. Darauf weist vor allem sein Ausspruch hin, dass "Rechtsauffassung und Rechtsethos nach dieser Art Wiedergutmachung rufen, zumal angesichts der verstärkten Bedeutung des Persönlichkeitsrechts"⁴.

2. Folgen der divergierenden Meinungen

Aus den eben aufgeführten Auffassungen lässt sich entnehmen, dass keine extremen Ansichten bezüglich der Rechtsnatur der Genugtuung bestehen. In bezug auf die zivilrechtlichen, reparativen Momente der Genugtuung sind sich die verschiedenen Autoren einig, in bezug auf Einzelfragen jedoch lassen sich verschiedene Ungereimtheiten feststellen.

Vor allem die Bedeutung des pönalen Charakters der Funktion sowie der Umstand, dass Geld und immaterielle Unbill nicht in einem direkten Verhältnis zueinander stehen, führen zu den verschiedensten Lösungsversuchen, indem beispielsweise gerichtliche Missbilligung, franc symbolique usw. als andere Arten der Genugtuung bezeichnet werden.

1 K. Oftinger, Bd. I, S. 257 N 12

2 derselbe S. 291 (vierte Auflage, Zürich 1975)

3 derselbe S. 291 insbesondere N 23

4 derselbe S. 291

Gleichwohl sucht die neuere Lehre vermehrt nach Analogien zwischen Genugtuung und Schadenersatz, um eine Angleichung der beiden Rechtsbeihilfe zu erreichen. Die Angleichung findet ihre Grenzen im Objekt selbst, d. h., der Schaden wird materiell erfasst und in Geld ausgedrückt, währenddem dies bei der immateriellen Unbill nicht möglich ist.

In der heutigen Zeit scheint der Widerstand, der sich der geldlichen Aufwägung der immateriellen Güter entgegenstellte, verschwunden zu sein. Die Gerichte scheuen sich nicht mehr, körperliche und seelische Integrität mit Geld auszugleichen¹. Dies ist grossenteils darauf zurückzuführen, dass der Fortschritt der Technik die Schutzlosigkeit des Individuums aufzeigt.

Der Analogieschluss zwischen Schadenersatz und Genugtuung könnte noch weitergezogen werden, wenn das schwere Verschulden als Klagevoraussetzung bei OR 49 verschwinden würde. Allein diesem Umstand ist in den meisten Fällen die pönale Interpretation zu verdanken. Je nach Bedeutung, die dieser Sekundärfunktion zugemessen wird, wirkt sich dies in der Praxis aus². Die Gerichte können zu einer andern Beurteilung gelangen, wenn sie die Straffunktion der Genugtuung überbewerten. Die pönale Interpretation kann nicht direkt als falsch bezeichnet werden, doch kann ihr nur insoweit gefolgt werden, als dass sich ihre Bedeutung in der Praxis in keiner Weise auswirken darf. In unserer Rechtsordnung finden sich viele zivilrechtliche Rechtsinstitute wie Konventionalstrafe, Enterbungsgründe usw., die pönale Elemente aufweisen, jedoch noch nie in ähnlicher Art und Weise wie die Genugtuung angezweifelt wurden.

Würde das schwere Verschulden als Voraussetzung verschwinden, so würde die pönale Denkweise ihren richtigen Stellenwert erhalten - Sekundärerrscheinung ohne materielle oder formelle Bedeutung - und gleichzeitig würde dem Richter ein erkennbares Beurteilungskriterium zur Verfügung stehen.

1 BIZR 70, 1971, Nr. 46

2 Vgl. Kasuistik zum Genugtuungsanspruch, S. 73 ff.

C) Voraussetzungen

1. Die besondere Schwere der Verletzung

Der gesetzgeberische Zweck dieser Voraussetzung liegt darin, dass der Gesetzgeber eine Ahndung von geringfügigen Störungen in den persönlichen Verhältnissen vermeiden wollte. Eine gewisse Härte wird von jedermann verlangt¹.

Der Umfang der immateriellen Unbill ist hier, wie allgemein im Zivilrecht, nach einem gewissen Durchschnittsmassstab festzulegen. Es muss jedoch zugegeben werden, dass es keinen absoluten Massstab für die Bemessung der immateriellen Unbill gibt. Auf jeden Fall haben persönliche Empfindsamkeiten ausser Betracht zu bleiben analog dem Affektionsinteresse beim Vermögensschaden².

Bei einem Vergleich mit OR 47 kann man feststellen, dass auch nicht jede noch so geringfügige Körperverletzung und nicht jeder Verlust eines Angehörigen durch Tötung zu einer Genugtuungsleistung führen³. Es müssen gewisse Mindestanforderungen erfüllt sein. Der Gesetzgeber hat diesem Umstand Rechnung getragen, indem er dem Richter die Möglichkeit gab, den Fall anhand der "besondern Umstände" zu beurteilen. Somit gilt als Voraussetzung nicht nur der Tatbestand der immateriellen Unbill, sondern sie muss auch von bestimmter Art und Intensität sein⁴.

In OR 49 berücksichtigte man dies mit der "besondern Schwere der Verletzung".

Aehnlich wie beim diffusen Begriff der "persönlichen Verhältnisse" ist es Sache des Richters, die Schwere der immateriellen Unbill zu konkretisieren.

1 Becker N 8 zu OR 49

C. Chr. Burkhardt, S. 479: "Eines allerdings muss der Gesetzgeber zur Vermeidung übertriebener Nervosität und unangemessener Gier vorkehren: er darf die Klage nicht bei jeder noch so geringfügigen Störung zulassen, sondern nur bei ernstlicher Verletzung physischen oder psychischen Wohlbehagens, und er muss der richterlichen Würdigung des Einzelfalles breitesten Spielraum verschaffen."

2 K. Otfinger, Bd. I, S. 258

3 SJZ 70, S. 275 / BGE 98 II 216

4 U. Winter, S. 69

Teilweise hat sich der Richter schon bei der Beurteilung der "persönlichen Verhältnisse" ein Bild vom Verletzten verschaffen können. Dieses Bild wird jedoch erst durch die vorzunehmende Wertung der besondern Schwere der Verletzung abgerundet werden können. Einerseits geht es um die Objektivierung des seelischen Schmerzes an sich, andererseits um die psychische Reaktion auf die Verletzung der persönlichen Verhältnisse.

Der Richter hat somit einerseits die Auswirkung der immateriellen Unbill festzustellen, andererseits hat er aufgrund der Funktion der Genugtuung die subjektive Auswirkung derselben zu berücksichtigen, d.h., dass die Genugtuungssumme in ein bestimmtes Verhältnis zum Genugtuungsbedürfnis gesetzt werden muss. Um diese Beurteilungen vornehmen zu können, muss sich der Richter in die Stellung des Anspruchstellers versetzen¹.

Im Rahmen von OR 49 fällt es äusserst schwer, das erforderliche Ausmass zu konkretisieren, da Bemessungsfaktoren, wie sie sich bei OR 47 finden, fehlen².

Inwieweit ein immaterieller Nachteil einen Anspruch auf Genugtuung begründet, kann letzten Endes nur aufgrund von Werturteilen entschieden werden, die in einem vernünftigen Bewusstsein enthalten sind³.

Gemäss den Voraussetzungen von OR 49 darf Genugtuung nur dann zugesprochen werden, wenn die persönlichen Verhältnisse schwer verletzt worden sind. An einer andern Stelle dieser Darstellung wurde der Begriff der "persönlichen Verhältnisse" bereits erläutert⁴. Wann somit eine Verletzung derselben gegeben ist, kann als bekannt vorausgesetzt werden. Die Schwere der Verletzung hat der Richter jeweils am Einzelfall zu konkretisieren, wobei er - negativ umschrieben - von mittleren⁵ Verletzungen auszugehen hat. Verschiedene weitere Faktoren hat der Richter ebenfalls zu berücksichtigen: so das Alter und das Geschlecht des Verletzten, seine soziale Stellung, seinen Bildungsgrad, allgemein: seine persönliche Veranlagung⁶ und Lage.

1 K. Oftinger, Bd. I, S. 299

2 K. Hütte, SJZ 70, S. 273 ff.

3 Im Hof, S. 145

4 Vgl. S. 1 ff.

5 P. Tercier, in Festgabe für Henri Deschenaux, S. 311

6 U. Winter, S. 94

Einen weitem Anhaltspunkt bietet die Verletzungshandlung selbst, indem aufgrund der Wahl und des Einsatzes der Mittel, die zur Verletzung geführt haben, erwogen werden kann, inwieweit in unnötig verletzender Form vorgegangen wurde¹.

Generalisierend kann gesagt werden, dass der Richter aufgrund der starken individuellen Verschiedenheit der seelischen Schmerzen bezüglich Entstehung und Wirkung auf einen Durchschnittsmassstab unter Weglassung der persönlichen Empfindsamkeit abstellen muss². Weiter kann gesagt werden, dass die Geheim- und Privatsphäre, analog dem Bereich des Körpers, zum zentralsten Teil der Persönlichkeit gehören. Wird nun gegen den Willen des Geschädigten eine dieser Sphären verletzt, so wird man fast immer das Vorliegen einer schweren Verletzung annehmen können.

Nebst dem objektiven Moment, das seinen Ursprung in der Schwere der Verletzung hat, wird noch ein weiteres subjektives Merkmal ins Spiel gebracht: das Genugtuungsbedürfnis³.

Diese Betrachtungsweise ist nicht unproblematisch vor allem in bezug auf die urteilsunfähige Person⁴, der in diesem Rahmen die Erkenntnis der immateriellen Unbill und demzufolge die Genugtuung abgesprochen wird, die in diesem Falle in bezug auf den ihr innewohnenden Zweck zweckentfremdet angewandt würde.

Dieses subjektive Element ist jedoch sehr restriktiv auszulegen, denn bei der kleinsten Möglichkeit, die darauf hindeutet, dass die Genugtuung ihren Zweck erfüllen könnte, ist sie zuzusprechen⁵. Noch weiter geht ein Gerichtsentscheid eines Obergerichtes⁶, in dem festgehalten wird, dass das Bewusstsein der Beeinträchtigung nicht erforderlich ist, da sonst der schwer Geschädigte um seine Genugtuung geprellt würde gegenüber dem leicht Geschädigten, der die Tragweite, wenn auch nur teilweise, erfassen kann.

1 BGE 95 II 495

2 Roetelmann, S. 395

3 P. Tercier, SJZ 68, S. 247

4 P. Jäggi, S. 188a N 101

5 BGE 97 II 348 Erw. 7

6 Entscheid des OG Luzern, vom 10.10.67, teilweise publ. in SJZ 65, S. 297

Bedeutende Autoren, wie Jäggi, Oftinger und Tercier¹, können sich jedoch nicht einverstanden erklären mit der gänzlichen Weglassung des subjektiven Elementes. Nach ihrer Meinung führt die absolute Vernachlässigung des subjektiven Elementes zu einer Förderung der pönalen Denkweise, nämlich mit der Argumentation, dass dem Haftpflichtigen durch die Schwere der Verletzung ein Gewinn erwächst, dadurch dass keine Genugtuung bezahlt werden muss.

Gegenteiliger Auffassung ist Klaus Hütte. Vgl. Die Genugtuung, 1976, S. I/10: "Man darf vom Geschädigten andererseits aber nicht verlangen, er müsse sich seiner Beeinträchtigung bewusst sein (ObG Luzern (10.10.67) SJZ 1969/297) - man denke an eine schwere zur Debität führende Hirnschädigung -, denn sonst würde der Haftpflichtige durch die Schwere der Verletzung profitieren. Das Bewusstsein der Beeinträchtigung interessiert daher allenfalls am Rande."

Bei einer analogen Betrachtung von ZGB 93 und ZGB 151 und den darin gewährten Genugtuungsansprüchen findet sich sowohl eine objektive wie auch eine subjektive Seite, wobei vor allem das subjektive Moment herausragt. Bei beiden Genugtuungsansprüchen genügt die schwere Verletzung in den persönlichen Verhältnissen als objektives Moment allein nicht, sondern es ist notwendig, dass die verletzte Seite auch die Verletzung als solche empfindet².

Gerade im Bereich der zwischenmenschlichen Beziehungen ist es möglich, aufgrund der Partnerkenntnis die andere Seite schwer zu verletzen. Aber erst das Bewusstsein der Verletzung löst bei der andern Seite die Klage auf Genugtuung überhaupt aus, mit der dann wieder bewusst dieser seelische Schmerz ausgeglichen werden will.

Bei einer Zweierbeziehung kann beinahe jede Verletzung als schwere bezeichnet werden, da ideelle Werte in Frage gestellt und zerstört werden, die kaum mehr wiedergutmacht werden können³. Als schwer wird eine

1 Er unterscheidet die objektive Voraussetzung der Persönlichkeitsverminderung von der subjektiven Voraussetzung, indem er verlangt, dass eine Verminderung des Wohlbefindens in Form einer psychischen Reaktion beim Verletzten eingetreten sein muss (S. 56 ff.).

2 Egger N 4 zu ZGB 93 und N 10 zu ZGB 151

3 SJZ 53, S. 202

Verletzung auch bezeichnet, wenn die Auflösung des Verhältnisses in besonders verletzender Art und Weise geschah¹ oder wenn ein langjähriges Verhältnis ohne stichhaltigen Grund aufgelöst wurde². Gerade aus diesen Erwägungen lässt sich entnehmen, dass die objektive Voraussetzung - schwere Verletzung - an sich nicht genügt, sondern, dass der Verletzte ebenfalls schwer in seinen Gefühlen verletzt werden muss. Um jedoch die Auswirkungen des Bruches bezogen auf die eigenen Gefühle beurteilen zu können, bedarf es einer, wenn auch nur beschränkten, Urteilsfähigkeit. Dies ist ebenfalls die Meinung des Gesetzgebers, der in ZGB 93 "eine schwere Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen" voraussetzt. Mit den "persönlichen Verhältnissen" meint der Gesetzgeber vor allem die persönlichen Gefühle³, die zu haben eine gewisse Urteilsfähigkeit voraussetzen. Das subjektive Element, das sich in starkem Masse bei ZGB 93 und ZGB 151 herauskristallisiert hat, lässt nach meiner Meinung in einem gewissen Sinne einen Analogieschluss auf OR 49 zu und zwar in dem Masse, dass bei OR 49 das subjektive Element nicht nur als Randerscheinung bezeichnet werden kann, obwohl die Betonung des subjektiven Momentes nicht in der Weise herausragt wie bei ZGB 93 und 151. Die Beurteilungsfähigkeit der Schwere der Verletzung setzt dieses subjektive Moment geradezu voraus. Einer nicht urteilsfähigbleibenden Person eine Genugtuung zukommen zu lassen, würde zu einer Zweckentfremdung derselben führen.

Ebenfalls aus dem Zweck der Genugtuung ergibt sich, dass der Anspruch erlischt, falls die immaterielle Unbill nicht mehr besteht. Eine abgeschlossene, eine andauernde oder auch eine sich erst konkretisierende⁴ Beeinträchtigung muss ausgeglichen werden, nicht aber eine weggefallene⁵.

Dadurch, dass auch eine sich erst konkretisierende Beeinträchtigung ausgeglichen werden muss, besteht die Möglichkeit, auch einem zur Zeit der Verletzungshandlung Urteilsunfähigen eine Genugtuung zuzusprechen⁶.

1 SJZ 53, S. 198

2 SJZ 50, S. 46

3 Götz N 6-11 zu ZGB 93

4 SJZ 59, S. 135

5 von Thur/Escher, S. 128; K. Oftinger, Bd. I, S. 298; U. Winter, S. 74

6 BGE 72 II 170 f

Um dies zu erreichen, greift man zu einer Hilfskonstruktion, indem der Urteilsunfähige analog dem Urteilsfähigen behandelt wird. Man beurteilt somit das subjektive Empfinden, das der Verletzte bei der nämlichen Verletzungshandlung hätte, falls er urteilsfähig wäre. Aus diesen Erwägungen wird die Notwendigkeit der Beurteilung der immateriellen Unbill unter dem Gesichtspunkt der Subjektivität ersichtlich. Die Genugtuung fällt weg, wenn die immaterielle Unbill als Anspruchsvoraussetzung nicht mehr gegeben ist. Dies kann der Fall sein, wenn der Anspruchsberechtigte generell auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass dem Verletzten durch eine andere materielle Wohltat zu einem Ausgleich verholfen wird¹. Ebenfalls nicht ausserachtzulassen ist die sekundäre Wirkung eines Strafurteils, durch die die Unbill getilgt werden kann. Allgemein kann gesagt werden, dass die Genugtuung dahinfällt, wenn durch einen rechtlichen oder ausserrechtlichen Vorgang ein Aequivalenzverhältnis zur immateriellen Unbill geschaffen wird².

Oftinger³ warnt davor, diesen Umständen grosse Bedeutung zuzumessen. Bei all diesen Umständen handelt es sich um ethische Vorgänge, die gewissen Schwankungen unterworfen sind. Wohl hat ihnen der Richter Rechnung zu tragen, einerseits bei der Beurteilung der persönlichen Verhältnisse, andererseits aber auch unter dem Gesichtspunkt des subjektiven Momentes. Je nach Beurteilung kann die immaterielle Unbill wegfallen oder durch derartige Umstände so beeinflusst werden, dass diesen Faktoren bei der Bemessung der Genugtuung Rechnung zu tragen ist⁴.

Fassen wir zusammen, so gelangen wir zu folgendem Ergebnis: der Richter hat sich in die Stellung des Anspruchstellers zu versetzen. Dessen Lage kann er beurteilen, indem er einerseits die persönlichen Verhältnisse, andererseits nebst dem objektiven Verletzungsbild die subjektive Auswirkung der Verletzung berücksichtigt. Dies hat er in Relation zu einem "Durch-

1 K. Oftinger, Bd. I, S. 298; Im Hof, S. 38

2 U. Winter, S. 75

3 K. Oftinger, Bd. I, S. 298

4 K. Oftinger, Bd. I, S. 299

schnittserduldenmüssen" zu stellen. Als weitem Punkt hat er dem Genugtuungsbedürfnis Rechnung zu tragen, wobei die besondern Umstände - Verzicht, Versöhnung, usw. - mitberücksichtigt werden müssen.

2. Die besondere Schwere des Verschuldens

Eine weitere Voraussetzung, die kumulativ zur besonderen Schwere der Verletzung erfüllt sein muss, ist die besondere Schwere des Verschuldens.

Wenn man davon ausgeht, dass das Verschulden in zwei Formen unterteilt wird, nämlich in Vorsatz und Fahrlässigkeit¹, so kommt in bezug auf OR 49 nur Vorsatz und allenfalls grobe Fahrlässigkeit in Frage.

Definition von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gemäss Rechtsprechung:

1. Vorsatz heisst bewusste, gewollte Verletzung. Man spricht von einer willentlichen Rechtswidrigkeit. Der Vorsatz unterteilt sich noch in Absicht, direkten Vorsatz und Eventualvorsatz².
2. Grobe Fahrlässigkeit: BGE 100 IV 34: "Grob-fahrlässig handelt nach der Rechtsprechung, wer jene elementarsten Vorsichtsgebote unbeachtet lässt, die jeder vernünftige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen befolgen würde."

Es ist noch anzuführen, dass Eventualvorsatz genügt³.

Wie bei der besonderen Schwere der Verletzung kann man bei der Fahrlässigkeit ein objektives und ein subjektives Kriterium unterscheiden. Nach heutiger Ansicht wendet man jedoch nur das objektive Kriterium an⁴.

Diese Objektivierung führt nicht zu einem starren Massstab, denn in jedem Falle ist den besonderen Umständen Rechnung zu tragen⁵.

1 K. Oftinger, Bd. I, S. 141

2 K. Oftinger, Bd. I, S. 142; A. Keller, S. 76 f

3 Sem.jud. 1941, 119

4 K. Oftinger, Bd. I, S. 142 ff.

5 K. Oftinger, Bd. I, S. 146 f

Nach der objektivierten Sorgfaltspflicht¹ ist auch noch die Urteilsfähigkeit als subjektive Zurechenbarkeit ins Auge zu fassen, wobei die Subjektivität nicht das Verschulden involviert. Dies würde zu einer Verschmelzung der beiden Begriffe führen.

Es ist vielmehr zuerst zu prüfen, inwieweit Urteilsfähigkeit vorhanden ist, bevor das Verschulden ins Auge gefasst wird. Urteilsfähigkeit und Verschulden stehen in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zueinander². Bedingt durch dieses Abhängigkeitsverhältnis wird die Urteilsfähigkeit als Bestandteil des Verschuldens angesehen. Fehlt jedoch die Urteilsfähigkeit, so kann der Urteilsunfähige nicht schuldhaft handeln. Ist Verschulden Anspruchsvoraussetzung - wie bei OR 49 - so kann der Urteilsunfähige nicht genugtuungspflichtig werden. In diesem Zusammenhang ist noch auf die Billigkeitshaftung nach OR 54 hinzuweisen. Das Bundesgericht³ erklärte OR 54 auch im Bereich der immateriellen Unbill (in diesem Falle bei OR 47) als anwendbar.

-
- 1 C. Chr. Burkhardt, S. 521 äussert sich dazu wie folgt: "In der Regel soll es genügen, dass man diejenige Sorgfalt aufwendet, welche, wo sich verschiedene Interessensphären berühren, gesunder- und normalerweise betätigt und gefordert wird. Wer diesen Ansprüchen nach Intelligenz oder Kenntnissen oder Willensbestimmtheit nicht gewachsen ist, lasse die Hand vom Spiele; vorübergehende oder habituelle Zerstreuung, wo Willenskonzentration nötig war. Mangel an technischen Fertigkeiten und Wissen, wo es dieser bedurfte, und momentane oder dauernde geistige Inferiorität, wenn sie nur nicht unter der Limite der Zurechnungsfähigkeit fällt, entschuldigen nicht; umgekehrt wird aber auch nicht ungewöhnliche Anspannung und überängstliches Bedenken, die bloss die gewünschte Aktivität hindern würden, gefordert. Nicht auf mehr noch als ein gewisses normales Verhalten seiner Mitmenschen durfte der Verletzte zählen; blieb es aus, so kümmert das Warum das Zivilrecht in der Regel nicht."
 - 2 ZBJV 114, 1978, S. 134 ff. Im gleichen Band wird auf S. 136 diese Problematik treffend erläutert: "Urteilsfähigkeit und Verschulden stehen zueinander nicht im Verhältnis von Vordertür und Hintertür, deren eine oder andere man benützen kann, um zur Bejahung der Haftpflicht zu gelangen. Es handelt sich vielmehr um zwei notwendigerweise nacheinander zu passierende Türen; zuerst ist das Vorhandensein der Urteilsfähigkeit zu prüfen und - im Falle der Bejahung - anschliessend das Verschulden."
 - 3 Praxis, Bd. 38, Nr. 82

Obwohl sich das Gericht nur bezüglich OR 47 äusserte, scheint dem Autor eine Unterscheidung zwischen OR 47 und OR 49 in diesem Zusammenhang nicht gerechtfertigt zu sein, da nicht von verschiedenen Arten von immaterieller Unbill ausgegangen werden kann. Es würde somit die Möglichkeit bestehen auch in den Fällen bei OR 49 eine Genugtuung ohne Verschulden zuzusprechen, falls die andere Voraussetzung durch einen Urteilsunfähigen überhaupt erfüllt werden kann.

Inwieweit den Verletzer ein schweres Verschulden trifft, hängt im heutigen Zeitpunkt noch vielfach vom richterlichen Ermessen ab.

Die Scheu der Richter, eine Genugtuung basierend auf OR 49 zuzusprechen, führt grundsätzlich zu einer Verneinung des schweren Verschuldens.

Der Schritt von der leichten Fahrlässigkeit zur groben, wie sie durch das Haftpflichtrecht herausgebildet worden ist, steht in keinem Verhältnis zu dem Umstand, dass jede Pflichtverletzung automatisch als leichte Fahrlässigkeit taxiert wird, natürlich nur unter dem Blickwinkel der Objektivierung und des generellen Schutzinteresses der Allgemeinheit.

Gerade in bezug auf das Schutzinteresse jedoch versagt OR 49, da durch die kumulative Voraussetzung von besonderer Schwere der Verletzung und von besonderer Schwere des Verschuldens eine sinnvolle Anwendung verhindert wird. Der ehemalige Kompromiss gegenüber der Presse läuft in der heutigen Zeit auf eine Privilegierung des Verletzers hinaus, da der Anspruch auf Genugtuung in den meisten Fällen wegen Fehlens des besonders schweren Verschuldens scheitert. Es scheint mir wichtig, gerade in diesem Zusammenhang auf OR 47 einzugehen, zumal bei den Beratungen in den Räten die beiden heutigen Art. 47 und 49 noch eine Einheit in Form von Art. 1063 und 1063bis bildeten.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹ liegt es im Ermessen des Richters bei einer Körperverletzung dem Verletzten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zuzusprechen unter Würdigung der besonderen Umstände. Vorausgesetzt ist aber eine nicht verschuldete Verletzung. Kann

i BGE 96 II 218 Erw. 8 a mit Verweisen auf frühere Entscheide und BGE 97 II 339 Erw. 7

allerdings von einem Verschulden ausgegangen werden, so hat das seinen Einfluss bei der Bemessung der Genugtuungssumme¹.

Zieht man einen Vergleich mit ZGB 93, so findet man die einzige Uebereinstimmung in der Voraussetzung der Schwere der Verletzung. Nicht gefordert ist ein besonders schweres Verschulden, sondern es genügt schon ein leichtes Verschulden, das sowohl objektiv wie auch subjektiv schwer verletzen kann².

Auch bei der analogen Betrachtung von ZGB 151 gelangt man zum gleichen Schluss. Identisch ist auch in diesem Zusammenhang nur die Schwere der Verletzung. Wie bei ZGB 93 genügt schon ein leichtes Verschulden, um den Anspruch auf Genugtuung geltend machen zu können³.

Sowohl bei OR 47, ZGB 93 wie auch bei ZGB 151 führt ein besonders schweres Verschulden noch zu einer Erhöhung der Genugtuungssumme, im Gegensatz zu OR 49, wo erst in diesem Moment die Genugtuungsvoraussetzung erfüllt ist. Bei Erreichen dieser Schwelle stehen dem Richter in bezug auf die Beurteilung der Höhe der Genugtuung keine so vielfältigen Beurteilungskriterien mehr zur Verfügung.

a) Verschuldensbeurteilung bei OR 47 als Vergleich

Wie schon erwähnt, bildet das Verschulden bei OR 47 keine Voraussetzung zur Zusprechung einer Genugtuung⁴, vielmehr wirkt sich das Verschulden auf die Höhe der Genugtuung aus. Durch die Loslösung vom Verschuldenserfordernis bei OR 47 trägt man der rechtlichen Natur des Anspruchs

1 Oftinger, Bd. I, S. 305: "Grobes, noch mehr sehr grobes Verschulden soll zu merklicher Erhöhung führen. Es geht nicht um die Reaktivierung eines pönalen Moments, sondern: derart bewirktes Leid kann das Opfer oder seine Angehörigen härter treffen. So gewichtig das Verschulden ist, so wiegt doch schwerer das Ausmass des ohnedies zugefügten Leides: der immateriellen Unbill."

2 Götz N 13 zu ZGB 93

3 BIZR 64, 1965, Nr. 105, S. 144 f

4 BGE 74 II 212 / 81 II 518 / 88 II 528 / 96 II 234 / 97 II 349

Auch Oftinger (Bd. I, S. 295) stimmt heute der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu, obwohl er früher gegenteiliger Meinung war (vgl. vorhergehende Ausgaben 2./3. A. I 262; II/1,435 f).

Rechnung, indem die Leistung als Ausgleichsleistung frei von jeglichem pönalen Element angesehen wird. Diese Loslösung hat der Gesetzgeber schon bei der Revision des OR zum Teil vorgenommen, indem der Zusatz des Artikels 54 aOR ("namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit") weggelassen wurde. Er setzte somit nicht mehr ein qualifiziertes Verschulden voraus, wie beim revidierten Artikel 49 OR. Verschulden und Selbstverschulden werden somit zu Bemessungsfaktoren.

Als weiteres Beurteilungskriterium des Verschuldens dient die Leichtfertigkeit. Der Begriff der Leichtfertigkeit hat sich vor allem im Strassenverkehr herausgebildet. Das leichtfertige Fahren wird von den Gerichten schwerer beurteilt als die grobe Fahrlässigkeit. Es grenzt ziemlich nahe an Eventualvorsatz. Führt dieses Verhalten dann zu einer Körperverletzung oder gar Tötung, so ruft diese Sinnlosigkeit nach besonders hoher Genugtuung¹.

b) Verschulden des Schädigers und Mitverschulden des Geschädigten

Je schwerwiegender das Verschulden ist, desto höher wird die Genugtuung. Der Schwere des Verschuldens kommt bei der Bemessung der Genugtuung somit eine wesentliche Bedeutung zu². In der Höhe der Genugtuungssumme widerspiegelt sich einerseits die Schwere der Verletzung, andererseits steht diese in direktem Zusammenhang mit der Schwere des Verschuldens³.

Die Schwere des Verschuldens erhöht die immaterielle Unbill, da sie dem Anspruchsberechtigten zum Bewusstsein bringt, dass die Verletzung vermeidbar gewesen wäre⁴. Aus dieser Ueberlegung kann und darf jedoch nicht auf eine Straffunktion der Genugtuung geschlossen werden. Die Genugtuung ist nicht als Kompensation des Verschuldens gedacht, sondern das Verschulden bestimmt lediglich das Ausmass der immateriellen Beeinträchtigung, das durch die Genugtuung ausgeglichen werden soll⁵.

1 BlZR 70, 1971, Nr. 62, S. 188 f

2 BlZR 70, 1971, Nr. 62, S. 185

3 SJZ 67, S. 11 / Vgl. bezüglich Geschäftsherrenhaftung, S. 101 ff.

4 SJZ 67, S. 339 / BlZR 70, 1971, Nr. 62, S. 185 / K. Otfinger, Bd. I, S. 297

5 U. Winter, S. 99

Nun ist aber gerade bei der Beurteilung der Genugtuung der Gesichtspunkt des Anspruchstellers nicht zu vergessen. Auch ihn kann ein Verschulden treffen, das je nach Intensität zu einer Reduktion oder gar zu einem Ausschluss führen kann. Das Bundesgericht führte in BGE 59 II 165 ff. dazu folgendes aus: "Wenn das schuldhafte Verhalten des Verunfallten, wie dies hier der Fall war, geradezu als die Hauptsache des Unfalles bezeichnet werden muss, erscheint die Zusprache eines Genugtuungsanspruches nicht gerechtfertigt." In dieser Beziehung hat man eine klare Richtlinie geschaffen:

1. Schweres Verschulden - kein oder nur geringes Mitverschulden
= sehr hohe Genugtuung
2. Verschulden - überwiegendes Verschulden des Geschädigten
= keine Genugtuung

Das graue Mittelfeld wird jedoch durch diese Begrenzung nicht erfasst. Dies führt zu einer Kollision des Verschuldens. Unter diesen Umständen bleibt nichts anderes übrig als das Mitverschulden des Geschädigten prozentual bezogen auf das Gesamtverschulden zu berechnen¹ und anschliessend abzuziehen.

Mit dem Mitverschulden wird dasjenige Verhalten berücksichtigt, welches jedem vernünftigen Menschen unter gleichen Umständen zukommt². Auch

1 BGE 101 II 355 Erw. 8: "Les indemnités allouées en raison du décès de U. atteindraient la limite supérieure, encore admissible eu égard au pouvoir appréciateur de l'autorité cantonale, si aucune faute n'était imputable à la victime. Or on a vu (Verweis auf den Tathergang) que celle - ci répondait d'une faute réléant un certain degré de gravité, et justifiant un partage des responsabilités à raison d'un quart / trois quarts."

K. Hütte beschäftigt sich mit dieser Problematik in seinem Werk (Die Genugtuung S. I/12 ff.). Er weist darauf hin, dass trotz 50%-igem Mitverschulden des Geschädigten noch Genugtuungssummen zugestanden wurden (KG Waadt (28.6.68) in JT 1969 I 475). Jedoch wurde bei gleichwertigem Mitverschulden eine Genugtuung auch abgelehnt. (BGE 83 II 27 / 84 II 384 Erw. 5 / nicht publ. Entscheid vom 8.2.57 i.S. B. c. P.) BlZR 58, 1959, Nr. 63, S. 132: "Bei ungefähr gleichem Verschulden des Geschädigten und des fehlbaren Motorfahrzeuglenkers sind die Voraussetzungen für eine Genugtuung nicht gegeben."

2 von Thur/Escher, S. 108

der Gesetzgeber hat diesem Umstand Rechnung getragen, indem er in Artikel 44 I OR von "Umständen" spricht, für die eingestanden werden muss. Aufgrund des im OR herrschenden Culpaprinzipes meint der Gesetzgeber mit den "Umständen" das Verschulden des Geschädigten. Nach herrschender Meinung kann OR 44 als Bemessungsgrundlage des Schadenersatzes angewendet werden analog OR 43, der für die Bemessung der Genugtuung gilt.

Gerade bei der Beurteilung des Mitverschuldens ist es notwendig, auch die Verletzung nochmals ins Auge zu fassen, da ja je nach Verletzungstatbestand die Schädigung während des ganzen Lebens andauern kann. Man denke z. B. an den Verlust der Extremitäten, des Augenlichtes usw. Die Verletzung und das Mitverschulden sind somit indirekt immer gegeneinander abzuwägen.

Auf die andern Beurteilungskriterien, die OR 47 zugrunde liegen, kann nicht näher eingegangen werden, da sie in ihrer Art teilweise zu spezifisch auf Körperverletzung und Tötung bezogen sind, so dass eine analoge Herbeiziehung nicht von grossem Nutzen wäre. Analog müsste nur die Entwicklung der Genugtuung basierend auf OR 47 während den letzten zwei Jahrzehnten beurteilt werden. Hier neigen die Gerichte dazu, immer höhere Genugtuungssummen zuzusprechen, wobei jedoch nicht von einem "Uebermarchen" gesprochen werden kann (Vgl. dazu die tabellarische Uebersicht von Klaus Hütte).

3. Widerrechtlichkeit

Analog dem Schaden muss die immaterielle Unbill widerrechtlich zugefügt worden sein, um einen Genugtuungsanspruch begründen zu können¹.

Schon in Artikel 55 aOR war die Widerrechtlichkeit als Voraussetzung ausdrücklich vorgeschrieben. In diesem Sinne wurde die Widerrechtlichkeitsvoraussetzung auch von OR 49 übernommen. Jede Verletzung der persönlichen Verhältnisse begründet einen Genugtuungsanspruch, wenn sie rechts-

1 Oser N 6 zu OR 49; Becker N 3 zu OR 49

widrig ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung¹ und Lehre bedeutet widerrechtlich im Sinne von OR 41 nichts anderes als "unbefugt". Auf den Ausschluss der Widerrechtlichkeit ist bereits im Zusammenhang mit ZGB 28 eingegangen worden². Sobald die Widerrechtlichkeit als Voraussetzung wegfällt, kann ein Genugtuungsanspruch nicht entstehen analog dem Schadenersatzanspruch.

4. Kausalzusammenhang

Zwischen dem genugtuungsbegründenden Verhalten und der immateriellen Unbill ist der adäquate Kausalzusammenhang erforderlich, d.h., dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung die verletzende Handlung geeignet sein muss, eine immaterielle Unbill von der Art und Weise der eingetretenen zu erzeugen³. Der adäquate Kausalzusammenhang kann dem im Schadenersatzrecht erforderlichen gleichgestellt werden.

Hat jedoch der Verletzte selbst oder haben Dritte durch Teilursachen ebenfalls zur immateriellen Unbill beigetragen, so können diese Teilursachen zu einer Reduktion oder im Falle der Unterbrechung (Inadäquanz) des Kausalzusammenhanges zu einer Aufhebung des Genugtuungsanspruches führen⁴.

D) Aktivlegitimation

Durch die Stellung der Persönlichkeitsrechte bedingt, kann im allgemeinen nur derjenige den Anspruch auf Genugtuung geltend machen, der in seinen persönlichen Verhältnissen direkt betroffen wurde.

Dies gilt vor allem bei Tötung und Körperverletzung basierend auf OR 47⁵. Bei Körperverletzung ist ausschliesslich der Verletzte anspruchsberechtigt. Eine indirekte ideelle Beeinträchtigung bewirkt durch die Körperverletzung

1 BGE 97 II 103 Erw. 4

2 Vgl. vorne S. 8 f

3 Statt vieler, K. Otfinger, Bd. I, S. 72

4 K. Otfinger, Bd. I, S. 108 ff.

5 K. Otfinger, Bd. I, S. 292 ff.

eines andern ist unserem Recht unbekannt¹. Bei der Tötung eines Menschen haben die Angehörigen einen eigenen Genugtuungsanspruch, der nicht zuerst in der Person des Getöteten entsteht, um dann auf die Angehörigen überzugehen. Man hat es vielmehr mit einem eigenen Recht zu tun, das durch den Tod erzeugt wird². Die immaterielle Unbill entsteht direkt beim Angehörigen hervorgerufen durch den Tod einer nahestehenden Person.

In bezug auf OR 49 lässt sich keine so klare Abgrenzung finden wie bei OR 47. Je nach Art des Verletzungstatbestandes wird nicht nur der Verletzte betroffen, sondern auch Personen, die in einer nahen sowohl rechtlichen wie auch tatsächlichen Beziehung zum Verletzten stehen. OR 49 bezieht sich nicht nur auf eine bestimmte Verletzung, sondern allgemein auf die Verletzung der persönlichen Verhältnisse. Das Zürcher Obergericht hat erkannt, dass auch die Eltern eines in seiner Persönlichkeit verletzten Kindes aktivlegitimiert sind³: "Die Bezeichnung eines 15jährigen Jugendlichen mit den genannten Ausdrücken trifft nun aber unvermeidlicherweise auch dessen Eltern in ihrer Ehre, denn die Leser gehen davon aus, dass der Charakter eines Menschen einerseits durch seine Erbanlagen und andererseits durch die Umwelteinflüsse bestimmt wird. Im Volke werden die Eltern weitgehend für die Tat eines Jugendlichen verantwortlich gemacht."

Die persönlichen Verhältnisse erschöpfen sich nicht nur in der Individualität einer Person, sondern sie umfassen auch deren Beziehung zur Umwelt. Unter diese Beziehungen fallen nicht nur jene der gesellschaftlichen Aussenwelt, sondern auch diejenigen der familiären Gemeinschaft⁴. Darunter versteht man einerseits das eheliche Verhältnis andererseits das Eltern-Kind-Verhältnis eventuell noch das Kind-Kind-Verhältnis. Wird nun ein Kind in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, so wird durch den gleichen Verletzungstatbestand ebenfalls das Eltern-Kind-Verhältnis allenfalls noch

1 Oser N 6 zu OR 47

2 K. Oftinger, Bd. I, S. 230. Oftinger spricht in diesem Zusammenhang vom Versorgerschaden (OR 45 III). Nach meiner Meinung lässt diese Betrachtungsweise einen analogen Schluss auf OR 47 und somit auch auf OR 49 zu.

3 BIZR 70, 1971, Nr. 46, S. 114

4 SJZ 73, S. 110

das Kind-Kind-Verhältnis betroffen. Obwohl die Identität der Verletzten eine verschiedene ist, hat man es nicht mit einer Reflexwirkung zu tun, sondern mit einer direkten Verletzung. Um nochmals auf den erwähnten Fall zurückzukommen, steht somit den Eltern ein selbständiger Klageanspruch zu. Von einem reflexartigen¹ immateriellen Nachteil, der eine Aktivlegitimation zu begründen vermöchte, kann nicht gesprochen werden².

Ein weiterer Tatbestand, bei dem auch nicht von einer Reflexwirkung gesprochen werden kann, bildet die Verletzung verstorbener Personen³. Diejenigen Menschen, die sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlich enger Beziehung zum Toten stehen, können in ihren persönlichen Verhältnissen (Ehre, Pietätsgefühl usw.) verletzt werden. Dies hat zur Folge, dass sie aktivlegitimiert sind⁴.

Gerade im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation muss nochmals auf das Problem der subjektiven Empfindsamkeit eingegangen werden. Das entscheidende Kriterium stellt die Urteilsfähigkeit dar, denn gemäss dem Zweck und dem Sinn der Genugtuung nach OR 49 kann nur solchen Personen eine Genugtuung zukommen, die überhaupt ein Gefühlsleben haben. Dies bedingt, dass sowohl urteilsunfähigen - abgesehen von sich erst später konkretisierender Beeinträchtigung - wie auch juristischen Personen keine Genugtuung zugesprochen werden kann.

Verschiedene Autoren wie Tercier⁵, Jäggi⁶ und Roetelmann⁷ neigen ebenfalls zur Ansicht, dass nur denjenigen Personen eine Genugtuung zugesprochen werden kann, die urteilsfähig sind.

1 SJZ 65, S. 97: "Man kann sich im vorliegenden Fall fragen, ob der Beklagte überhaupt den Kläger persönlich verletzt hat. Eine solche Verletzung liegt zweifellos beim geschlagenen Knaben vor. Da dieser primär betroffen wurde, kann die Handlung des Beklagten ausschliesslich durch Reflexwirkung auch den Kläger selbst verletzt haben." Dieser Ansicht kann jedoch aus den oben erwähnten Gründen nicht gefolgt werden. Des weitem findet sich im gesamten Schadenersatzrecht kein Nachteil, der reflexartig erzeugt, einen Anspruch begründen würde.

2 H.R. Staiger, S. 80

3 Die Ausführungen über die verstorbene natürliche Person gelten analog für eine aufgelöste juristische Person. Vgl. dazu Riklin, S. 298.

4 R. Schumacher, S. 236 f

5 Tercier, S. 65

6 Jäggi, S. 188 a

7 Roetelmann, S. 395 N 158

Das Bundesgericht hat jedoch bereits mehrmals die Aktivlegitimation einer juristischen Person bejaht¹. Stellt man auf den Zweck der Genugtuung - Ausgleich für körperliche und seelische Schmerzen, verminderte Lebensfreuden und ähnlich strukturierte Ursachen seelischen Leides - ab, so kann man feststellen, dass Doktrin und Rechtsprechung kontrovers sind. Dass der juristischen Person ein Persönlichkeitsschutz zukommt, ist unbestritten². Doch ist der Persönlichkeitsbereich der juristischen Person anders geartet, als derjenige der natürlichen. Es soll in diesem Zusammenhang nicht auf den Gegensatz von Fiktions- oder Realitätstheorie eingegangen werden, sondern dargelegt werden, dass allein die Betrachtungsweise der verletzbaren Güter über die Anspruchsberechtigung entscheidet. Wird die immaterielle Unbill extensiv ausgelegt³, so kann sie sowohl natürlichen wie auch juristischen Personen zukommen. Auch der juristischen Person kann beispielsweise ein Recht auf Ehre zugebilligt werden, doch ist eine Verletzung derselben anders zu interpretieren, als bei einer natürlichen Person, da juristische Personen keine Gefühlsverletzungen erleiden können. Gefühl, Seele usw. sind Attribute, die nur einer natürlichen Person zukommen können.

Werden nun diese Attribute verletzt, so wird mittels Genugtuung versucht, einen Ausgleich zu erzielen. Da nun juristische Personen dieser Attribute gar nicht fähig sind, können sie auch nicht bei ihnen verletzt werden, was wieder heisst, dass die spezifische Genugtuungswirkung bei ihnen nicht eintreten kann⁴.

Konsequenterweise muss die Aktivlegitimation juristischer Personen verneint werden, aufgrund der dieser Darstellung zugrunde liegenden Rechtsnatur des Anspruchs.

Ebenfalls müssen die rechtlich nicht organisierten Personenverbände noch berücksichtigt werden. Bei Körperschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften handelt es sich nicht um juristische Personen, trotzdem

1 BGE 60 II 326 / 64 II 21 f / 95 II 501 f / 97 II 99 f

2 R. Bär, S. 100

3 Jäggi, S. 157 a ff.; R. Schumacher, S. 229

4 F. Ricklin, S. 297 ff. / 385 ff.

werden sie als parteifähig (Art. 562 und 602 OR) bezeichnet. Dies führt dazu, dass sie wie eine juristische Person behandelt werden¹. Alle andern Personenmehrheiten können "Gefühlsverletzungen" erleiden.

Es sind zwei Verletzungsmöglichkeiten gegeben, die jedoch beide zum gleichen Ergebnis führen. Erstens kann die ganze Personenmehrheit verletzt werden. In diesem Falle ist jedes einzelne Mitglied, das durch die Bezeichnung betroffen wird, klageberechtigt, wobei auf ein Durchschnittsempfinden abgestellt werden muss². Zweitens können nur einzelne Personen der Personenverbände verletzt werden. In diesem Falle sind all diejenigen klageberechtigt, auf die nach allgemeinen Kriterien die Bezeichnung zutrifft³.

In bezug auf diese Personenverbände muss die Aktivlegitimation bejaht werden.

E) Passivlegitimation

Derjenige, der eine immaterielle Unbill widerrechtlich und schuldhaft verursacht hat, ist grundsätzlich zur Zahlung der Genugtuung verpflichtet⁴.

Bei der Prüfung der Passivlegitimation ist OR 50 I ins Auge zu fassen, da das Verschulden, sogar schweres Verschulden, eine Voraussetzung bildet für die Belangbarkeit des Beklagten. OR 50 I regelt die solidarische Haftung für Schäden, die Mehrere verschuldet haben, d.h., dass nach dem Grad des Verschuldens der Verantwortliche oder sein Rechtsnachfolger bestimmt wird⁵. Die Autoren Schumacher⁶, Tercier⁷ u.a.m. bejahen eine Anwendung von OR 50 I auf die Ansprüche basierend auf OR 49.

1 F. Riklin, S. 304; R. Schumacher, S. 230

2 R. Schumacher, S. 231

3 R. Schumacher, S. 232

4 Tercier, S. 180 f; Becker, N 13 zu OR 49

5 BGE 103 II 161

6 R. Schumacher, S. 240 N 2

7 P. Tercier, S. 182 ff.

Verschulden als Anspruchsvoraussetzung setzt aber Urteilsfähigkeit voraus, demzufolge kann der Urteilsunfähige für Ansprüche bei OR 49 nicht passiv legitimiert sein. Das Bundesgericht¹ hat die Kommiserationshaftung nach OR 54 für den Bereich der Genugtuung als anwendbar erklärt, allerdings in einem Fall der Artikel 47 OR betraf. OR 54 kann nur dann angewendet werden, wenn Verschulden vorausgesetzt wird².

Gerade bei Klagen aus OR 49 ist dies der Fall; demzufolge kann die Anwendbarkeit von OR 54 bei OR 49 bejaht werden.

F) Vererblichkeit und Uebertragbarkeit des Genugtuungsanspruches

Es besteht die Möglichkeit, dass ein Genugtuungsberechtigter stirbt, bevor sein Genugtuungsanspruch anerkannt ist. Es stellt sich somit die Frage, ob und unter welchen Regeln der Anspruch auf die Erben übergeht.

ZGB 93 II verlangt, dass der Anspruch "zur Zeit des Erbanges anerkannt oder eingeklagt" sein muss, um auf die Erben überzugehen. Entgegen der Regelung von ZGB 93 II hat die Gerichtspraxis³ die Vererblichkeit wie auch die Uebertragbarkeit des Anspruchs bejaht. Voraussetzung ist eine entsprechende Willensäußerung des Anspruchsberechtigten, indem er bereits Klage eingereicht oder einen Anwalt mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt hat.

Oftinger⁴ geht noch weiter "indem er für eine unbeschränkte Vererblichkeit eintritt, auch wenn der Berechtigte vor seinem Tode keine dahingehende Willensäußerung von sich gegeben hat⁵."

Um über Vererblichkeit und Abtretbarkeit entscheiden zu können, ist es notwendig, auf die Rechtsnatur des Anspruchs einzugehen. Das Recht den Genugtuungsanspruch geltend oder nicht geltend machen zu können, kann man als Persönlichkeitsrecht bezeichnen, das weder abtretbar noch vererb-

1 Praxis, Bd. 38, Nr. 82

2 K. Oftinger, Bd. I, S. 155

3 BGE 74 IV 106 / 81 II 389 / 88 II 462 / 91 II 197

4 K. Oftinger, Bd. I, S. 293

5 U. Winter, S. 87

bar ist. Hat man den Anspruch jedoch bereits geltend gemacht, so hat man es bereits mit einem Vermögensrecht zu tun, das abtretbar und auch aktiv vererbbar ist¹.

Auf den Genugtuungseffekt, der sich durch den Tod des Berechtigten gar nicht mehr entfalten kann, darf nicht abgestellt werden, da durch die Geltendmachung oder Anerkennung des Anspruches eine Umwandlung stattfindet, indem der höchstpersönliche Genugtuungsanspruch in ein reines Forderungsrecht umgewandelt wird.

Eine unbeschränkte Vererblichkeit, basierend auf der Grundlage der unbeschränkten Verfügbarkeit des Anspruches, wie sie Oftinger vertritt, ist nach Meinung des Verfassers im Bereich von OR 49 nicht gegeben, da die Urteilsfähigkeit eine grosse Rolle spielt. Diesem subjektiven Kriterium kommt insofern eine zentrale Bedeutung zu, als es bei der subjektiven Auswirkung der immateriellen Unbill im Ermessen des Berechtigten liegt, den Anspruch geltend zu machen und ihn somit zu einer unbeschränkten Vererblichkeit zu führen.

Auch in bezug auf die passive Vererblichkeit muss auf die Natur des Anspruches abgestellt werden. Werden pönale Momente in die Genugtuung

1 C. Chr. Burckhardt, S. 485 f: "Aktiv aber zeigt sie sich als ein höchst persönlicher Anspruch, als ein Stück der Persönlichkeit, soweit nicht wenigstens vorbereitende Schritte zu ihrer Realisierung, zu ihrer Ueberleitung in einen Vermögensanspruch getan sind. Ihre Vererbung und ihre Vermögenshörigkeit bei Konkurs und Pfändung ist ausgeschlossen, so lange nicht durch Anerkennung des Schuldners oder klare Kundgebung des Gläubigers, den Anspruch zu erheben, jener Wechsel vollzogen oder inszeniert ist. Unseres Erachtens sollte, wie bei der querela inofficiosi testamenti nicht bloss Betreibung und Klage, sondern schon jene Präparation, z. B. Auftrag an den Rechtsanwalt, aber auch Abtretung ausreichen (womit also diese oder eine ihrerwegen erfolgende Anfechtung wegen Veräusserung zum Schaden der Gläubiger zulässig erscheint, und Kenntnis des Schuldners von dieser Vorbereitung nicht nötig sein; bei der Abtretung erhält der Gläubiger mittels der Zession erwirkten Erfolg. Gegen eine aktive Vererbung vor jenem Stadium spricht, dass dann eben keine Sicherheit besteht, der Verstorbene habe Satisfaktion gewünscht, dass es keine Succession in Schmerzen gibt, und dass der Erbe selber, vom Falle des Art. 54 abgesehen, keine körperlichen oder seelischen Schmerzen zu leiden gehabt hat..."

Auch Tercier (S. 174) ist der Meinung, dass die Genugtuung ihren höchstpersönlichen Charakter verliert, wenn die Klage anerkannt oder geltend gemacht worden ist. Erst in diesem Moment ist sie abtretbar und aktiv vererblich.

hineininterpretiert, so muss die passive Vererblichkeit verneint werden¹. Aufgrund dieser Darstellung wird das pönale Element als sekundäres Erscheinungsbild betrachtet, was zur Folge hat, dass der Anspruch passiv vererblich ist. Aus der Sicht des Beklagten handelt es sich um eine übertragbare Forderungsklage.

G) Pfändbarkeit des Anspruches

SchKG 92 Ziff. 10: "Unpfändbar sind: Pensionen und Kapitalbeträge, welche als Entschädigung für Körperverletzung oder Gesundheitsstörung dem Betroffenen oder, im Falle seines Todes, seiner Familie geschuldet werden oder ausbezahlt worden sind." Ihrer rechtlichen Natur und ihrem Zwecke nach ist darunter auch der Genugtuungsanspruch basierend auf OR 49 zu subsumieren². Anderer Ansicht ist das Obergericht Zürich³, das in einem früheren Entscheid darauf hinweist, dass die abschliessende Aufzählung in SchKG 92 einer Pfändbarkeit der für ausgestandene Unbill zugesprochenen Geldsumme nicht entgegenstehe.

Dieser Meinung des OG kann jedoch nicht gefolgt werden, da die aufgrund einer "Gesundheitsstörung" ausbezahlte Entschädigung in einem besonderen Verhältnis zum Betroffenen steht, welches nicht durch Pfändung aufgelöst werden kann.

H) Form

Wie bereits erwähnt wurde, wirft Geld als Genugtuungsmittel nur im Bereich von OR 49 Probleme auf, währenddem die Geldleistung bei OR 47 nie in Frage gestellt wurde.

Dies ist vielfach darauf zurückzuführen, dass es dem Richter widerstrebt, die Verletzung von persönlichen Verhältnissen mit Geld aufzuwägen. In der

1 H.R. Staiger, S. 83

2 P. Tercier, S. 178

3 BIZR 37, 1938, Nr. 120

heutigen Zeit wird jedoch Geld als Genugtuungsleistung anerkannt¹, obwohl man weiss, dass es sich um ein unvollkommenes Mittel handelt.

Der Zweck der Genugtuung kann jedoch nur mittels Zahlung einer Geldsumme erreicht werden.

Das Gesetz spricht in Art. 47 und Art. 49 OR von einer Geldsumme und obwohl die Praxis regelmässig auf einen Kapitalbetrag erkennt, besteht die Möglichkeit, die Genugtuungsleistung in Rentenform zuzusprechen².

I) Die Bemessung des Genugtuungsanspruches

Die Bemessung der Genugtuung bietet bis zum jetzigen Zeitpunkt die grössten Schwierigkeiten. Dies ist teilweise darauf zurückzuführen, dass keine einheitliche Auffassung bezüglich Ziel und Zweck der Genugtuung besteht. Weiter ist eine eigentliche Wertung der immateriellen Unbill nur bedingt möglich, da weder eine Reihenfolge noch eine Relation der verschiedenen Bemessungsfaktoren festgelegt ist. Zu einer erheblichen Verschärfung dieses Zustandes trägt auch der grosse Ermessensspielraum des Richters bei³.

Das Gesetz nennt in OR 47 die "besonderen Umstände", auf die für die Bemessung der Genugtuung abzustellen ist. In OR 49 fehlt expressis verbis ein solcher Hinweis doch nach Meinung des Autors sind die "besonderen Umstände" in den "persönlichen Verhältnissen" involviert. Dies hat zur Folge, dass die besonderen Umstände, insofern sie nicht zu artspezifisch sind, zu einer analogen Beurteilung herangezogen werden können. Die besonderen Umstände sind somit als Minus der persönlichen Verhältnisse aufzufassen.

Währenddem OR 47 von einer "angemessenen Geldsumme" spricht, erwähnt OR 49 lediglich die Geldsumme. Mit dem Ausdruck "angemessen" wird nur aufgezeigt, dass es ein "eigentliches qualitatives Aequivalent"⁴ zur imma-

1 Statt vieler, K. Oftinger, Bd. I, S. 290

2 Statt vieler, K. Oftinger, Bd. I, S. 313

3 R. Staiger, S. 76

4 Im Hof, S. 45

teriellen Unbill nicht gibt, da diese Grösse nicht berechenbar ist¹. Dies trifft in vollem Umfange auch auf OR 49 zu. Ein objektiver Beurteilungsmassstab fehlt weitgehend². Die subjektive Natur des Anspruches verhindert sogar weitgehend die objektive Erfassung³. Dieses subjektive Moment - das Genugtuungsbedürfnis - dient jedoch dem Richter als Anhaltspunkt, wobei nicht ein Ausgleich dieses Bedürfnisses, sondern der immateriellen Unbill zu erfolgen hat⁴. Die Grösse des Genugtuungsbedürfnisses ergibt sich aus der immateriellen Unbill.

Ausgangspunkt für die Bemessung der Genugtuung ist die immaterielle Unbill. Welche Umstände jedoch bestimmen die Grösse dieses Nachteils? Oftinger⁵ hat ein Axiom geprägt, indem er ausführt, dass alle Voraussetzungen der Genugtuung sich auch in quantitativer Hinsicht auswirken. Dieser Ansicht kann in bezug auf OR 47 gefolgt werden, doch bei OR 49 trifft sie nur teilweise zu.

Gerade bei Körperverletzung und Tötung eines Menschen betrachtet man das Verschulden als wesentlichen Bemessungsfaktor⁶. In der Genugtuungssumme soll sich das Verschulden des Verursachers widerspiegeln⁷. Verschulden und immaterielle Unbill stehen in einem bestimmten Verhältnis zueinander, denn schwereres einseitiges Verschulden bringt dem Verletzten oder den Hinterbliebenen erst recht zum Bewusstsein, dass die immaterielle Unbill vermeidbar gewesen wäre⁸.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Verschulden einen erheblichen Einfluss auf die Genugtuung ausübt.

Da jedoch OR 49 die qualifizierte Form des Verschuldens - Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit - voraussetzt, scheidet "Verschulden" als Bemessungsfaktor weitgehend aus, da jener Faktor der richterlichen Beurteilung ent-

1 K. Oftinger, Bd. I, S. 290

2 K. Hütte, SJZ 70, S. 275; P. Tercier, S. 242

3 P. Tercier, S. 241

4 Im Hof, S. 48; Remé, S. 85; U. Winter, S. 90
BGE 90 II 189 / 91 II 225 / 95 II 306

5 K. Oftinger, Bd. I, S. 302

6 Becker, N 5 zu OR 47; Oser N 12 zu OR 47; Th. Remé, S. 83

7 SJZ 67, S. 11

8 SJZ 67, S. 339

zogen ist. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so erscheint die immaterielle Unbill eo ipso als gross.

Wie bereits vorstehend erwähnt wurde, entfällt ein Genugtuungsanspruch, wenn das grössere Verschulden an der Verursachung der Beeinträchtigung beim Verletzten selber liegt. Trifft jedoch den Verletzten lediglich ein Mitverschulden, so ist das durch den Richter mittels eines eventuellen Abzuges mitzubersücksichtigen.

a) Die besondere Schwere der Verletzung als Bemessungsgrundlage

Wie bereits vorne bei den Anspruchsvoraussetzungen ausgeführt wurde, hat der Richter bei der Beurteilung der immateriellen Unbill eine Vielzahl von Kriterien zu berücksichtigen, wobei die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen jedoch im Vordergrund steht.

Es muss unterschieden werden zwischen der seelischen Reaktion auf einen körperlichen Schmerz, die bestimmt wird durch Dauer und Heftigkeit des Schmerzes und der Ausgangslage des Verletzten und der unabhängig von körperlichen Schmerzen sich entwickelnden negativen seelischen Situation. Die Ersteren fallen in den Bereich von OR 47, währenddem die negative seelische Situation, die zur Beeinträchtigung der Lebensfreude des Betroffenen führt, unter OR 49 zu subsumieren ist.

Schumacher¹ stellt vor allem das Interesse des Verletzten am betroffenen Rechtsgut in den Mittelpunkt, wobei er auch Grösse, Dauer und Art der zur Verletzung führenden Aeusserung berücksichtigt.

Riklin² ist derselben Meinung wie Schumacher, wobei er jedoch eine andere und teilweise auch feinere Beurteilung der Teilaspekte vornimmt. Er unterteilt zuerst einmal in "generelle" und "konkrete" Umstände.

Bei den Generellen ist er grösstenteils der gleichen Meinung wie Schumacher, allerdings will er noch die Anzahl der Adressaten und die persönliche Stellung des Betroffenen mitberücksichtigt haben. Gerade

1 R. Schumacher, S. 210

2 F. Riklin, S. 396

dieser letzte Aspekt scheint mir sehr wichtig zu sein, denn die persönliche Veranlagung des Verletzten beeinflusst letzten Endes die subjektive Reaktion auf die Verletzung. Sein Alter und auch sein Geschlecht können von grosser Bedeutung sein. So wird etwa der durch die Presse-äusserung bedingte Stellenverlust einen Mann stärker beeinträchtigen als eine Frau¹. Auf der andern Seite wird eine Beeinträchtigung der Geschlechts-ehre eine Frau mehr belasten als einen Mann.

Riklin berücksichtigt diese Aspekte unter dem Begriff der "konkreten Umstände".

Tercier² geht von generellen Kriterien aus, die er einer abstrakten Schätzung unterwirft. Abstrakt deshalb, weil er von dem Zustand ausgeht, den eine Durchschnittsperson unter gleichen Bedingungen und bei gleicher Verletzung erleidet. Diese generellen Kriterien sind beispielsweise die Intensität der Persönlichkeitsverletzung, die eine Funktion der Schwere der Verletzung und des Wertes des verletzten Gutes darstellt; die Intensität der Leiden, die sich in der Verringerung der Lebensfreude manifestiert; die Persönlichkeit des Opfers, unter der das Alter, das Geschlecht, die soziale Stellung usw. zu verstehen sind. Das so gewonnene Ergebnis kann jeweils auf den konkreten Fall angewendet werden und führt zu einem Maximalansatz der immateriellen Unbill³.

Zusammenfassend lässt sich die Grösse der immateriellen Unbill einerseits durch die Art, Grösse und Dauer der verletzenden Handlung - Intensität des Angriffs - und deren Auswirkung - Verringerung der Lebensfreude - bestimmen, andererseits sind Alter, Geschlecht, Bildungsgrad usw. zu berücksichtigen, wobei, wie allgemein im Zivilrecht, auf einen Durchschnittsmassstab abzustellen ist, da persönliche Empfindsamkeit nicht berücksichtigt werden kann.

1 K. Hütte, SJZ 70, S. 274

2 P. Tercier, S. 241 ff.

3 P. Tercier, S. 246

b) Weitere Faktoren für die Bemessung

Es ist nicht klar, inwieweit andere Faktoren neben der immateriellen Unbill und dem Selbstverschulden des Verletzten die Grösse der Genugtuung zu beeinflussen vermögen. Wie bereits oben ausgeführt wurde, lassen sich die "besonderen Umstände" des Art. 47 OR und dessen Verweisung auf OR 44 teilweise heranziehen.

Können beispielsweise die wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt werden? Werden die wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt, so stellt sich weiter die Frage, ob nur diejenigen des Verpflichteten oder auch jene des Berechtigten zu berücksichtigen sind¹.

Aus der Funktion der Genugtuung ergibt sich, dass die wirtschaftliche Situation an und für sich auch auf seiten des Genugtuungsberechtigten berücksichtigt werden muss. Einem finanziell schwach Begüterten kann verhältnismässig eine geringere Summe zugesprochen werden als einem Reichen, da der beabsichtigte Zweck schneller erreicht werden kann.

Tercier² ist in dieser Beziehung ganz anderer Meinung, da nach seiner Ansicht dem Reichen bereits genügend Mittel zur Verfügung stehen, um die immaterielle Unbill zu überwinden. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, da im gesamten Schadenersatzrecht die wirtschaftliche Stellung des Anspruchsberechtigten berücksichtigt wird.

Schon Burckhardt (S. 480) hat dies erkannt: "Der Richter muss sich bewusst sein, dass nicht für alle Menschen dasselbe gelten kann, nicht für alle Kläger und nicht für alle Beklagten. Ob die Verletzung der persönlichen Verhältnisse eine ernstliche und die Zusprechung einer Geldsumme, wenn ja, in welcher Höhe, angemessen sei, lässt sich weit weniger an sich prüfen als an dem konkreten ethischen Empfinden und den ökonomischen Verhältnissen der Beteiligten."

Die Vermögenslage des Verursachers ist unerheblich geworden, da im Rahmen von OR 47 praktisch immer die hinter dem Verursacher stehende

1 Hütte, SJZ 70, S. 278 weist darauf hin, dass die Rechtsprechung jeweils ausdrücklich erwähnt, wann und auf welcher Seite die wirtschaftlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sind.

2 P. Tercier, S. 253 f

Haftpflichtversicherung die Verpflichtung übernimmt. Auch im Bereich von OR 49 ist dieses Kriterium von untergeordneter Bedeutung, da die in der heutigen Zeit am häufigsten vorkommenden Verletzter (Radio, Fernsehen, Presse) finanzstark sind. Bei finanzschwachen Verursachern besteht allerdings die Möglichkeit einer Reduktion¹. Jedoch darf in diesen Fällen nicht ausserachtgelassen werden, dass der Verletzte im Mittelpunkt steht und nicht der Verletzer.

Auch die soziale Stellung muss berücksichtigt werden, da die Reaktion auf eine Verletzung je nach sozialer Schicht und Herkunft anders beurteilt wird².

Ebenfalls ist die konstitutionelle Prädisposition³ zu berücksichtigen, die in psychischer Hinsicht beispielsweise darin bestehen kann, dass eine allgemeine Kampfsituation⁴ besteht⁵.

Gerade in der Hitze des Gefechtes kann eine Persönlichkeitsverletzung relativ rasch entstehen und ist unter solchen Umständen auch verständlich.

Es besteht weiter die Möglichkeit, dass der Verletzer von sich aus versucht, durch Berichtigungen die Stellung des Betroffenen zu verbessern⁶. Diesem Umstand hat der Richter Rechnung zu tragen, da die Schwere der Verletzung durch die sofortige Berichtigung um ein Wesentliches verkleinert wird. Es ist denkbar, dass eine solche Berichtigung in gewissen Fällen zum Wegfall der Anspruchsvoraussetzung führen kann, obwohl eine Berichtigung an und für sich Geschehenes nicht ungeschehen machen kann.

Auch die Selbsthilfe⁷ ist zu berücksichtigen, allerdings nur in Form von einer Reduktion, keinesfalls in Form einer Aufhebung⁸.

1 Vgl. dazu: SJZ 59, S. 73 ff. und 63, S. 258 ff. (Genugtuung bei kriminellen Handlungen)

2 P. Tercier, S. 252

3 K. Oftinger, Bd. I, S. 306

4 Wahlkampf u. a. m.

5 F. Riklin, S. 396

6 F. Riklin, S. 397 N 3

7 BGE 64 II 23

8 R. Schumacher (S. 211) vertritt die Meinung, dass die Selbsthilfe den Schmerz des Gekränkten zu stillen vermag. Nach meiner Meinung hat man es mit einer Stillung des Rachegefühls zu tun.

Von verschiedenen Autoren¹ wird eine vorgängige Bestrafung des Verletzers zu seinen Gunsten reduzierend in Rechnung gestellt mit der Argumentation, dass einerseits der Anspruch auf Genugtuung nur einmal befriedigt werden darf und andererseits das Strafurteil geeignet ist, den Anspruch teilweise zu befriedigen. Allein die Rechtsnatur und die Funktion der Genugtuung lassen einen solchen Schluss nicht zu, welcher der Genugtuung pönale Komponenten beimisst. Es liegt vollkommen im Ermessen des Anspruchsberechtigten, den Anspruch auch nach erfolgter strafrechtlicher Verurteilung geltend zu machen. Keinesfalls darf jedoch der Richter dem Umstand eines vorgängigen Strafurteils irgendwelche Bedeutung zumessen.

Ebenfalls in diesem Zusammenhang ist die Verzinsung der Genugtuung noch zu berücksichtigen. Der Anspruch ist mit 5% zu verzinsen und zwar "vom Tage an, da das den Anspruch begründende Ereignis eingetreten ist - das ist gewöhnlich der Tag des Unfalls - ...²"

Die Festsetzung der Genugtuungsleistung ist im wesentlichen eine Ermessensfrage, doch darf eine zahlenmässige Bewertung gewisse Grenzen nicht überschreiten³. Nebst der Verzinsung und den eingangs erwähnten Umständen hat der Richter auch den Rückgang des Geldwertes mit in Betracht zu ziehen, d. h., dass der jeweilige Fall den gegenwärtigen Verhältnissen angepasst werden muss.

K) Vollstreckung und Verjährung

Der als Genugtuung auszubezahlende Geldbetrag untersteht bezüglich der Vollstreckung den Normen des SchKG, auf die in dieser Darstellung nicht eingetreten wird. Bezüglich der Verjährung kann auf OR 60 I verwiesen werden. Der Anspruch verjährt somit innerhalb eines Jahres von dem Tage an gerechnet, wo der Verletzte Kenntnis von der Person des Verletzers und von der Grösse und Schwere der Verletzung erlangt hat. In jedem Fall verjährt der Anspruch nach zehn Jahren, vom Tage der Verletzung an gerechnet.

1 Becker N 4 zu OR 47; F. Riklin, S. 397; R. Schumacher, S. 211

2 K. Oftinger, Bd. I, S. 306

3 BGE 90 II 82

§ 3 DIE "ANDERE ART" DER GENUGTUUNG NACH OR 49 ABS. 2

OR 49 Abs. 2: "Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen."

Aus den Parlamentsdebatten zu diesem Artikel lassen sich drei Schlüsse ziehen: Die erschwerten Voraussetzungen sind erstens auf die Tätigkeit der Presselobby zurückzuführen. Zweitens sah man im zivilrechtlichen Institut der Genugtuung starke pönale Elemente, darauf deuten die verbissen geführten Verhandlungen in den Räten hin, wo vor allem um das Verhältnis des zivil- und strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes gestritten wurde. Drittens erkennt man, dass es sich bei Abs. 2 um eine logische Folge des Kompromisses von Abs. 1 handelt. Aus den Beratungen in den Räten geht hervor, dass man neben der geldlichen Aufwägung der Verletzung in den persönlichen Verhältnissen eine gleichwertige Ausweichmöglichkeit schaffen wollte, indem man den Richter von Gesetzes wegen darauf verwies. Gedacht wurde vor allem an Publikation des Urteils, Richtigstellung der Tatumstände usw.¹.

Gerade nun in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch die Genugtuung nach Art. 49 Abs. 2 OR die qualifizierten Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen müsse.

1¹ StenBull 19, 495

M. Rossel hat sich dazu in StenBull 1909 (19) auf S. 498 folgendermassen geäussert: "Voilà un premier point sur lequel l'art. 1063 bis subit une restriction très sensible. Mais voici une modification nouvelle de l'art. 55 et que est destinée, sans doute, à corriger ou à empêcher bien des abus; c'est celle du deuxième alinéa de notre texte. Le juge pourra substituer ou ajouter à l'allocation de l'indemnité réparatrice du tort moral un autre mode de réparation. Il pourra donc, lorsque les circonstances seront telles qu'il n'y aura pas lieu pour lui de prononcer une indemnité, ordonner la rectification d'un faux bruit, d'un propos diffamatoire, d'une accusation calomnieuse. Il pourra prescrire une rectification ou une rétraction qui sera envisagée comme une réparation suffisante du tort moral éprouvé. Il lui sera loisible, en outre d'ajouter à l'allocation de l'indemnité un autre mode de réparation, par quoi l'on entend essentiellement la publication du jugement dans un ou plusieurs journaux. Tels sont les changements faits par votre commission au Code fédéral de 1881 et nous croyons que la presse suisse, puisqu'il est surtout question d'elle, peut se déclarer satisfaite de ces modifications."

Vergleicht man auf der einen Seite Absatz 1 mit Absatz 2 des Gesetzes, so stellt man fest, dass die qualifizierten Voraussetzungen des Absatzes 1 in Absatz 2 nicht ausdrücklich erwähnt sind. Auf der andern Seite zeigt die Entstehungsgeschichte die Furcht der Presse, durch sehr hohe eingeklagte Summen ruiniert zu werden. Eine andere Form der Genugtuung als Geld bedeutete für sie nichts anderes als einen anderen kommerziellen Nachteil. Aufgrund dieser Ueberlegungen ist der Autor der Ansicht, dass die erschwerten Voraussetzungen nicht auf Abs. 2 übertragen werden können, vor allem nicht das Erfordernis des schweren Verschuldens.

Entgegen dieser Meinung hat das Bundesgericht¹ schon vor langer Zeit betont, dass auch für die "andere Art der Genugtuung" eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens vorausgesetzt werde. Sowohl Riklin², wie auch Schumacher³ sind der Meinung, dass Genugtuung nach Art. 49 II OR die qualifizierten Voraussetzungen erfüllen müsse. Riklin begründet seine Meinung damit, dass die Genugtuung namentlich für den Beklagten einen Vermögensverlust darstellen müsse.

Obwohl Riklin auf der einen Seite den Zweck der Genugtuung - Schaffung eines Ausgleichs für seelische Unbill - in den Vordergrund stellt und auf der andern Seite die Ahndung einer Persönlichkeitsverletzung mit einer Genugtuung bei einer juristischen Person mangels eines Gefühlslebens verneint⁴, neigt er in diesem Zusammenhang dazu, gewisse pönale Elemente hineinzuzinterpretieren. Auch Schumacher⁵, der den Zweck der Genugtuung in der psychischen Wirkung sieht - Beseitigung des seelischen Unlustgefühls durch Verschaffung eines Vermögensvorteils - bejaht das Erfordernis der erschwerten Voraussetzungen bezüglich der andern Art der Genugtuung. Der Umstand, der zu diesen Ansichten geführt hat, liegt darin, dass die Meinungen über die Bedeutung und Arten der "andern Art der Genugtuung" sehr verschieden sind.

1 BGE 45 II 108 f / 48 II 18

2 F. Riklin, S. 395

3 R. Schumacher, S. 207

4 F. Riklin, S. 297 ff. / 385 ff.

5 R. Schumacher, S. 206

Laut Art. 55 aOR war es gar nicht möglich, nur auf eine andere Art der Genugtuung zu erkennen. Eine andere Art der Genugtuung wurde erst in Verbindung mit dem Genugtuungsmittel Geld zugesprochen¹. Erst mit der Schaffung von Art. 49 Abs. II OR erhielt der Richter die Möglichkeit "nur" auf eine andere Art der Genugtuung zu erkennen.

Man wollte damit zum Ausdruck bringen, dass andere Arten von Genugtuungsmitteln ähnliche oder gar bessere Dienste zu leisten vermögen als Geld. Zieht man beispielsweise eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse durch die Presse in Betracht, so scheint die Publikation des Urteils ein geeignetes Genugtuungsmittel zu sein. Bei Persönlichkeitsverletzungen drängt sich eine "Konstatierung und Missbilligung des Unrechts"² als bestes Genugtuungsmittel geradezu auf. Man stellt somit auf das subjektive Empfinden des Verletzten ab. Man will ihm nicht zu einem Ausgleich verhelfen, sondern seine Rachegefühle befriedigen.

Im Hof³ geht noch weiter, indem er an das ethische Empfinden appelliert, welches dem Verletzten geradezu verbietet, seine Ehre mit Geld aufzuwiegen zu lassen. Geld wirkt nach seiner Ansicht hemmend auf die Intensität des Genugtuungsgefühls.

Unter die andere Art der Genugtuung subsumierte Im Hof folglich Konstatierung und Missbilligung des Unrechts.

Es fällt auf, dass Geld als Genugtuungsmittel nur im Bereich des Art. 49 OR Probleme aufwirft, im Bereich des Art. 47 OR jedoch war die Geldleistung nie in Frage gestellt. In der heutigen Zeit scheint die Geldleistung als Genugtuung nicht mehr umstritten zu sein⁴.

Umstritten ist nur noch die Bedeutung der andern Art der Genugtuung vor

1 Im Hof, S. 75. Der französische Ausdruck "indemnité" wies auf die Möglichkeit von anderen Genugtuungsmitteln hin. Der französische Text durfte jedoch nicht für sich allein beurteilt werden, sondern in Relation zum deutschen und italienischen Text.

2 Chr. Burckhardt (S. 484): "... Konstatierung und Missbilligung des Unrechts stehen vorne an, Auferlegung und Zusprechung der Geldsumme sind bloss die plastische Gestalt, in der sie sich verwirklichen."

3 Im Hof, S. 72

4 P. Jäggi, S. 187 f; Grossen, ZSR 79 S. 36; P. Tercier § 25; R. Schumacher, S. 207; F. Riklin, S. 393 f

allem unter Berücksichtigung des Ausbaues der Klagen basierend auf ZGB 28 durch die Rechtsprechung.

Jäggi¹ betont, dass gerade der durch das Schrifttum angestrebte Zweck nicht erreicht werden könne, da ein Aequivalent für Geld nicht vorhanden sei oder besser gesagt nicht zum Gegenstand einer Klage gemacht werden könne. Weder die Veröffentlichung des Urteils noch die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Störung fallen nach seiner Ansicht unter den Begriff "andere Art von Genugtuung", sondern sie gehörten vielmehr in den Bereich der Beseitigungs- respektive Feststellungsklage. Durch den Ausbau dieser Klagen habe dieser Absatz 2 völlig an Bedeutung verloren. Auch die Klage nach "gerichtlicher Missbilligung" sei nicht unter den Absatz 2 zu subsumieren, da der Zivilrichter Streitfälle zu entscheiden und nicht zu missbilligen habe. Diese letzte Argumentation ist jedoch nicht schlüssig, wenn man in Betracht zieht, dass der Gesetzgeber in andern Bereichen des Zivilrechts sich nicht gescheut hat, solche pönale Zwecke mittels privatrechtlichen Mitteln zu verfolgen. Man denke beispielsweise an die Konventionalstrafe, die Erbunwürdigkeit, die Strafwarefrist für den geschiedenen Ehegatten und die vermögensrechtlichen Nachteile, die den schuldig Geschiedenen treffen².

Auch die Zusprechung eines symbolischen Frankens ist nach der Meinung von Jäggi nichts anderes als ein verstecktes Feststellungsbegehren. Folgt man der Ansicht von Jäggi, so gelangt man zum Schluss, dass dem Art. 49 Abs. 2 keine Bedeutung mehr zukommt.

Kummer³ sieht die Genugtuung vollkommen im Dienste eines Gefühlskomplexes. Trotzdem gesteht er ihr zwei Schwerpunkte zu, indem entweder der Verletzte aufgerichtet oder der Verletzer in die Knie gezwungen werden soll.

Bei körperlicher Verstümmelung sieht er in der Geldleistung eine nur unvollkommene Genugtuung, die jedoch durch keine bessere ersetzt werden kann.

1 P. Jäggi, S. 189 a ff. / S. 251 a ff.

2 Vgl. OR 160 ff. / ZGB 540 / ZGB 150 f

3 M. Kummer, S. 108 ff.

Bei verletzter Ehre stehe der Sinn des Verletzten nicht nach Geld, sondern ihn dürste nach Rache. Diese Rachegefühle können nur durch gerichtliche Feststellung der niederen Gesinnung des Verletzers beseitigt werden. Dies erreicht nach seiner Ansicht jedes Urteil, das den Verletzer zu einer Genugtuung verpflichtet. Im Vordergrund stehe somit nicht die Geldleistung, sondern die Verurteilung, die als "andere Art" der Genugtuung dem verletzten Gut am besten entspreche. Unter anderer Art der Genugtuung versteht Kummer die gerichtliche Missbilligung, die Verurteilung zur Abgabe einer Satisfaktionserklärung (durchsetzbar gemäss bern. ZPO 407, BZP 78) oder die Verurteilung zur Leistung eines symbolischen Frankens, der als "Sockel für das Wort Genugtuung" anzusehen ist. Entgegen der Ansicht von Jäggi sieht Kummer die primäre Funktion der Genugtuung nicht in der Ausgleichsfunktion, sondern bedingt durch die Art des verletzten Gutes in einer subjektiven Satisfaktionsfunktion.

Roetelmann¹ erachtet wie Kummer jede andere Art der Genugtuung für besser geeignet als Geld, da sie der Natur des immateriellen Schadens am nächsten komme.

Roetelmanns Einstellung lässt sich jedoch schon aus der Ueberschrift seines Aufsatzes "Nichtvermögensschaden und Persönlichkeitsrecht nach schweizerischem Recht" erkennen. In ihr bringt er klar seine Anlehnung zum BGB² zum Ausdruck. Nach seiner Ansicht liegt die Hauptfunktion der Genugtuung im Ersatz, wobei er unter dem Einfluss der Regelung des BGB der Naturalrestitution weitgehend den Vorrang einräumt. Die Geldleistung bezeichnet er als sekundär, deshalb empfiehlt er, die Urteilsveröffentlichung an die erste Stelle zu setzen, da sie sowohl Wiederherstellungs- wie auch Genugtuungsfunktion in sich vereinige. Ebenfalls tritt er für Missbilligung, Zusprechung eines Frankens und Verurteilung zu einer Geldleistung an einen Dritten ein.

Die Beurteilung Roetelmanns ist vorsichtig zu interpretieren, da sie unter dem Einfluss des BGB steht.

1 Roetelmann, S. 393

2 Vgl. BGB § 249

Riklin¹ stellt, wie oben erwähnt, die Ausgleichsfunktion der Genugtuung in den Mittelpunkt. Dies bedingt, dass die Genugtuungsleistung in Geld bestehen muss, da eine blosser Anerkennung des Unrechts durch den Richter in qualitativer Hinsicht nicht dieselbe Wirkung erzeugen kann. Nach seiner Ansicht wirken Urteils publikation oder Berichtigung primär einmal beseitigend, wobei sekundär ein Genugtuungsgefühl beim Verletzten erzeugt wird. Riklin ist, was die andere Art der Genugtuung anbelangt, der gleichen Meinung wie Jäggi, indem er alles was unter Art. 49 Abs. 2 OR subsumiert wird, zu den Rechtsbehelfen nach ZGB 28 zählt.

Tercier² ist derselben Ansicht wie Riklin. Auch er misst dem Absatz 2 des Artikels 49 OR keine Bedeutung mehr zu, da dessen Funktion vollständig von Art. 28 ZGB übernommen wurde. Allerdings will Tercier die Zusprechung eines franc symbolique nach OR 49 II noch zulassen.

Schumacher³ bezeichnet sowohl die Berichtigung als auch die Urteils publikation und die gerichtliche Missbilligung als andere Art der Genugtuung, wobei er die Zusprechung eines symbolischen Frankens als besondere Form der gerichtlichen Missbilligung betrachtet. Von Ehrenerklärungen⁴ rät er ab, da diese Form der Genugtuung bei einer Redaktion zu einer Offenbarung des Gesamtlebens führen kann.

Schumacher, der in bezug auf den Zweck der Genugtuung der gleichen Ansicht ist wie Tercier und Riklin, begründet seine Ansicht damit, dass sich der Verletzte an der "moralischen Ohrfeige", die der Richter dem Verletzte erteilt, freut und ihm dadurch zu einem seelischen Ausgleich verholten wird.

Schumacher stellt folglich wie Kummer vor allem auf die subjektive Wirkung der Genugtuung ab. Die Rachegelüste des Verletzten sollen befriedigt werden; der Verletzte will Satisfaktion.

1 F. Riklin, S. 395

2 P. Tercier, S. 236 f

3 R. Schumacher, S. 207 f

4 ZBJV (63) S. 927 / S. 264 / BGE 45 II 109

Die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung stellte sich noch auf den Standpunkt, dass sowohl der symbolische Franken¹ als Markierung für "tort moral", wie auch die Urteilspublikation² und die gerichtliche Missbilligung³ unter Absatz 2 des Art. 49 OR zu subsumieren seien. Mit diesen andern Arten der Genugtuung wollte man der beklagten Partei eine zusätzliche Genugtuung verschaffen.

Gleicher Meinung wie das Bundesgericht ist Rehbinders⁴, der als andere Art der Genugtuung die Anordnung der Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Beklagten, Verurteilung zum Widerruf, Abgabe einer Ehrenerklärung oder eine blosser gerichtlicher Missbilligung der Presseäusserung in Betracht zieht. Gerade jedoch dieser Genugtuungseffekt wird im Grunde genommen durch jedes Urteil erreicht, das der klägerischen Partei günstig ist. Nach der hier vertretenen Meinung unterscheidet sich diese Art der Genugtuung⁵ erheblich von der Genugtuung, deren Zweck in der Verschaffung eines seelischen Wohlfühlens liegt. Dieses seelische Wohlfühlens kann nicht mittels eines Urteils erreicht werden, sondern nur durch eine Leistung des Verurteilten, die als Ausgleich für die erlittene und noch zu erleidende Unbill gedacht ist. Die "sedes materiae" bildet die Verletzung und nicht das Unrecht⁶.

Wird beispielsweise auf gerichtliche Missbilligung geklagt, so ist dies eine Feststellungsklage und nicht eine Leistungsklage, obwohl die beklagte Partei auch materielle Nachteile (Prozesskosten, Beseitigung von Plakaten usw.) erleiden kann. Die Feststellungsklage beschäftigt sich, wie bereits ausgeführt, mit der Feststellung des Rechtsverhältnisses (nicht mit einer blossen Tatsachenfrage)⁷. Was will nun jedoch der Kläger erreichen, der auf gerichtliche Missbilligung des Verhaltens des Täters klagt? Er bezweckt doch nichts anderes, als dass der Richter den Beklagten auf sein widerrechtliches Verhalten aufmerksam macht, d. h., dass die klägerische

1 BGE 42 II 596

2 BGE 84 II 577

3 BGE 48 II 19 f / 63 II 184 ff.

4 M. Rehbinders, S. 92

5 Terminologisch wäre der Ausdruck "Satisfaktion" angebracht.

6 P. Jäggi, S. 193 a

7 K. Specker, S. 335; P. Jäggi, S. 190 a; R. Schumacher, S. 171

Partei die Widerrechtlichkeit des Verhaltens bereits voraussetzt. Rein formell wird die Widerrechtlichkeit nicht vorausgesetzt, sondern der Richter hat die Rechtslage zuerst zu prüfen, um dann eventuell zu Feststellung der Unwahrheit oder Widerrechtlichkeit zu gelangen. Gerade jedoch dieser formelle Unterschied führte dazu, dass zwischen Feststellung und gerichtlicher Missbilligung unterschieden werden musste und demzufolge die gerichtliche Missbilligung als Leistungsklage unter den Abs. 2 des Art. 49 OR gestellt wurde¹.

Dieser formelle Unterschied wirkt sich in materieller Hinsicht überhaupt nicht aus, da der Richter sowieso nur das Bestehen oder Nichtbestehen der Widerrechtlichkeit feststellt².

Auch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung³ ist zu dieser Ansicht gelangt, indem betont wird, dass die gerichtliche Feststellung des Unrechtes eine auf ZGB 28 I beruhende Klage bildet, die im Einzelfall geeignet ist, die beim Verletzten eingetretene Störung in Form des widerfahrenen Unrechtes zu beseitigen.

Auch der symbolische Franken ist unter die gerichtliche Missbilligung zu subsumieren, denn er bildet nichts anderes als eine besondere Form der gerichtlichen Missbilligung. Kummer⁴ schildert den Charakter einer solchen Feststellung treffend, indem er hervorhebt, es solle "nicht der Gegner zur Satisfaktion gebeugt, noch der Verletzte über schweres Ungemach durch künstliches Erzeugen von Wohlbefinden hinweggebracht, sondern schlicht des Verletzten Ehre reingewaschen werden."

Die gerichtliche Missbilligung evtl. verbunden mit der symbolischen Forderung von Fr. 1. -- scheidet als andere Art der Genugtuung somit aus.

Auch die Publikation des Urteils wird in der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵ nicht mehr als andere Art der Genugtuung bezeich-

1 BGE 63 II 185 ff.; R. Schumacher, S. 208

2 F. Riklin, S. 413 ff.

3 BGE 95 II 498

4 M. Kummer, S. 107

5 BGE 95 II 499 f Erw. 10 mit Hinweisen / 100 II 180 Erw. 6 / 104 II 2

net. Der Grund der langjährigen gegenteiligen Meinung des Bundesgerichts liegt in dem in BGE 40 II 165¹ zitierten Satz, der besagt, dass die Beseitigungsklage nach ZGB 28 I eine zur Zeit der Klageerhebung noch bestehende oder noch fortdauernde Störung voraussetze. Bei einer in der Vergangenheit liegenden Verletzung sei dieses Schutzmittel jedoch untauglich. Das Bundesgericht verstand unter dem Begriff "Störung" die Störungshandlung und nicht den gesamten Störungszustand. Dies führte dazu, dass die Beseitigungsklage in der Praxis nie zur Anwendung kam. Statt dessen subsumierte man alles unter die Unterlassungsklage.

Im Entscheid 68 II 129 ff. erklärte das Bundesgericht jedoch die Beseitigungsklage auch dann als anwendbar, wenn die Störungshandlung abgeschlossen sei, jedoch "ein eine Verletzung bedeutender Zustand" noch weiterbestehe. Wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, hat Egger² aufgrund der Entstehungsgeschichte des Art. 28 ZGB dargelegt, dass mit der Beseitigungsklage gegen Störungszustände vorgegangen werden kann.

Wird beispielsweise jemand durch unwahre Tatsachenbehauptungen in der Presse in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, so ist die verlangte Urteilsveröffentlichung nicht mehr eine besondere Art der Genugtuung, sondern ein geeignetes Mittel zur Beseitigung des Störungszustandes. Des Verletzten Sinn trachtet danach, auf die entstandene falsche Meinung korrigierend einzuwirken. Dies erreicht er, wenn auch nur teilweise, durch eine Urteilspublikation, wenn diese als geeignetes Mittel betrachtet werden kann, um die Folgen der Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen.

Mit der Urteilspublikation will der Kläger primär den Störungszustand beseitigen. Von sekundärer Bedeutung ist dabei das Genugtuungsgefühl, das bei ihm durch eine gutgeheissene Urteilspublikation entsteht.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Begehren um gerichtliche Missbilligung evtl. verbunden mit der Klage um Zusprechung eines symbolischen Frankens Feststellungsbegehren basie-

1 In der späteren Praxis wurde dieser Satz noch oftmals zitiert. Vgl. 48 II 16 / 52 II 354 / 56 II 36 / 78 II 292

2 Egger N 79 zu ZGB 28

rend auf ZGB 28 I sind. Diese beiden Ansprüche können beim Beklagten den in dieser Darstellung vertretenen Genugtuungszweck gar nicht erreichen. Auch bei der Urteils publikation handelt es sich nicht um eine andere Art der Genugtuung, sondern um eine Beseitigungsklage. Für diese Annahme spricht auch Art. 2 UWG und Art. 6 KG, die auch aus ZGB 28 hervorgegangen sind und deren Zweck in der Beseitigung des Störungszustandes liegt¹.

Die durch die Praxis bedingte Heran- und Fortbildung der auf ZGB 28 basierenden Ansprüche hat bewirkt, dass OR 49 II im Grunde genommen irrelevant geworden ist.

A) Kasuistik von OR 49 I + II

Vergleicht man anhand der Rechtsprechung die Ansprüche aus OR 47 und OR 49, so erkennt man, dass OR 47 eine weit grössere praktische Bedeutung erlangt hat als OR 49. Die Gerichte scheuen sich nicht aufgrund von OR 47 sehr hohe Genugtuungssummen zuzusprechen².

Setzt man jedoch die Genugtuungssummen in Relation zueinander, so kommt man zum Schluss, dass die persönlichen Verhältnisse hinter den körperlich materiellen Gütern zu finden sind. Daran ändert auch die Meinung des Obergerichtes nichts, das gerade aufgrund der gegenseitigen Abwägungen von Persönlichkeits- und körperlich materiellen Gütern, eine relativ hohe Genugtuungssumme zusprach³.

Hat man einerseits diese für unsere Verhältnisse astronomische Höhe einer Genugtuung, basierend auf OR 49, vor sich, so erkennt man auf der andern Seite geradezu extrem kleine Summen. Die Zusammenstellung der nachstehend wiedergegebenen Fälle erhebt weder den Anspruch auf Vollständig-

1 F. Riklin, S. 340

2 Das Bundesgericht sprach Fr. 30'000.- für einen sehr schweren ästhetischen Schaden zu (BGE 21.5.1975 nicht publiziert). Vor allem die Tabellen bei Klaus Hütte erlauben eine ziemlich genaue Uebersicht über den Verlauf der Genugtuungssummen während ca. den letzten 15 - 20 Jahren.

3 BlZR 70, 1971, Nr. 46. Hier sprach das Obergericht je Fr. 10'000.- für die Eltern und Fr. 3'000.- für den betroffenen Sohn als Genugtuung zu.

keit noch will versucht werden, die Genugtuung zu tabellisieren oder gar zu katalogisieren. Sie soll lediglich anhand der Judikatur helfen, die vorne erwähnten spezifischen Fragen zu ergänzen und gleichzeitig soll die Diskrepanz zwischen den verschiedenen Meinungen aufgezeigt werden.

Geradezu unrühmliche Beispiele unserer Gerichtspraxis liefert die Zusammenstellung von Urteilen, die in Kriminalfällen Genugtuung zugesprochen haben. Vgl. SJZ 59, S. 73 ff. und SJZ 63, S. 258 ff.

Man findet hier Summen im Rahmen von Fr. 50.-- bis zu mehreren Hundert.

In diesem aufgezeichneten Bereich hat sich die Rechtsprechung bis zum heutigen Tag bewegt, wobei der grösste Teil der Summen unter Fr. 5'000.- liegt.

Voraussetzungen und Höhe der Genugtuung:

- BlZR 19, 1920, Nr. 106: Fr. 20.- wegen Kreditschädigung.
- BlZR 25, 1926, Nr. 165: Fr. 300.- wegen Verletzung der persönlichen Verhältnisse durch eine Broschüre der Schweizerischen Zahntechnischen Gesellschaft.
- BlZR 25, 1926, Nr. 239: Fr. 1'000.- wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen durch illoyale Konkurrenz.
- BlZR 34, 1935, Nr. 26: Fr. 200.-- wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen durch die Presse.
- BlZR 36, 1937, Nr. 171: Rückweisung an die VJ zur Zusprechung einer Genugtuung, da auch im Wahlkampf, wo der Kandidat mit Kritik rechnen muss und nicht empfindlich sein darf, seine Ehre nicht mit verwerflichen Mitteln angegriffen werden darf.
- BlZR 37, 1938, Nr. 120: Fr. 4'000.- für unschuldig erstandene Haft und Strafe und andern erlittenen Schaden. Der Betrag wurde zur Hauptsache als Genugtuung zugesprochen. Gemäss Wortlaut des Art. 92 Ziff. 10 SchKG kann, nach Meinung des Gerichtes, die Genugtuung dem Zugriff des Gläubigers nicht entzogen werden.

- BlZR 39, 1940, Nr. 67: Fr. 1'000. - wegen Trübung der ehelichen Verhältnisse durch einen Dritten.
- BlZR 42, 1943, Nr. 27: Unbekannte Höhe der Genugtuungssumme wegen Verletzung der Frauenehre durch falsche Auskunftserteilung eines Detektivbureaus, wobei der Geschäftsherr nicht nur für den Vermögensschaden, sondern auch für die Genugtuung haftet.
- BlZR 43, 1944, Nr. 157: Unter dem Titel der Genugtuung können einem andern Elternteil gehörige Gegenstände an Stelle von Unterhaltsbeiträgen zugesprochen werden.
- BlZR 45, 1946, Nr. 188: Fr. 1'000. - wegen ehrenrühriger Behauptung in einem Wahlinserat.
- BlZR 53, 1954, Nr. 175, S. 367: "Die Aufsichtskommission hat davon auszugehen, dass nach einer wegen Ehebruchs geschiedenen Ehe dem beleidigten Ehegatten von Gesetzes wegen das Recht zur Strafantragstellung im Sinne von Art. 214 StGB zusteht. Vom Standpunkte des Antragsberechtigten aus gesehen kann diesem Recht kaum eine andere Bedeutung als diejenige eines persönlichen Genugtuungsanspruches für erlittenes Unrecht beigemessen werden, wobei die einzige Art der Genugtuung, auf die der Antragsberechtigte vorbehaltlos Anspruch hat, gesetzlich festgelegt ist. Dies kann aber nicht heissen, dass es dem Antragsberechtigten verwehrt bleiben müsse, sich durch eine andere, ihm besser zusagende Art von Genugtuung befriedigen zu lassen, vorausgesetzt, dass er sich mit dem Genugtuungspflichtigen darüber verständigen kann."
- BlZR 57, 1958, Nr. 107: Keine Genugtuung wegen Abwesenheit von schweren Verletzungen der persönlichen Verhältnisse der Gattin.
- BlZR 62, 1963, Nr. 77: Fr. 2'000. - wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf freie wirtschaftliche Bestätigung durch einen Boykott.
- BlZR 66, 1967, Nr. 155: Dem Angeschuldigten steht kein Anspruch auf Genugtuung zu, wenn er gesetzmässig verhaftet wurde.
- BlZR 67, 1968, Nr. 93: Fr. 1'000. - für eine ungesetzliche Verhaftung, da dadurch die verfassungsrechtlich gewährleistete persönliche Freiheit verletzt wurde.

- BlZR 70, 1971, Nr. 46: Je Fr. 10'000.- für jeden Elternteil und Fr. 3'000.- für den betroffenen Sohn. Bestätigung der Rechtsprechung, dass OR 55 auch auf die immaterielle Unbill anwendbar ist.
- BlZR 73, 1974, Nr. 24: Abweisung in Abwesenheit des Verschuldens; eine schwere Schuld ist nicht nötig; Fall von Frigidität der Beklagten (ZGB 151 II).
- ZBJV 66, 1930, S. 517 ff.: Persönlichkeitsverletzende Vorwürfe, die während eines Prozesses fallen, sind im Gesamtzusammenhang zu betrachten. Deshalb Ablehnung der Genugtuung wegen fehlens der Voraussetzungen.
- ZBJV 72, 1934, S. 424 f: "...: denn dort, wogegen die Klägerin gerichteten Behauptungen und Werturteile eine scharfe Form annehmen, dass die Grenze des im Konkurrenzkampf Erlaubten erreicht oder gar überschritten wird, handelten die Beklagten, d.h. deren Organe, in einer durch die Bedrohung ihrer wirtschaftlichen Existenz und den dadurch hervorgerufenen Abwehrkampf bedingten, durchaus verständlichen, überhitzten Gemütsbewegung heraus, was eine besondere Schwere ihres Verschuldens ausschliesst."
- ZBJV 78, 1942, S. 480: "In Flugblättern dürfen Gutachten über persönliche Verhältnisse, die zu keinen sichern Schlüssen geführt haben, nicht bekannt gegeben werden." Diese Bekanntgabe bedeutet eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse.
- ZBJV 81, 1945, S. 276: Fr. 500.- (2 Täter zu je Fr. 250.-) wegen Schwängerung eines geistig nicht völlig normalen Mädchens.
- ZBJV 102, 1966, S. 149: "Hingegen ist es möglich in einem Strafverfahren wegen Unzucht mit Kindern adhäsionsweise unter den Voraussetzungen von OR Art. 49 eine Genugtuung zuzusprechen, wenn die strafbare Handlung zur Defloration des Opfers geführt hatte. Diese Verletzung hat als schwer zu gelten."
- ZBJV 110, 1974, S. 151: "..., die von der Beklagten zu erbringenden Genugtuungsleistungen festzusetzen für die Ehefrau auf Fr. 8'000.- und für die vier Kinder auf je Fr. 3'000.- nebst Zins zu 5 Prozent seit 18. November 1966 (Todestag)."

Dieser Fall betrifft zwar OR 47 doch wurde er aufgeführt als Beispiel der Verzinsung.

- SJZ 44, S. 341: Der Betrag der Genugtuung ist nicht publiziert. Die Verlobte erhielt trotz nicht einwandfreiem Verhalten eine Genugtuung, da das Verschulden des Verlobten beim Bruch der Beziehungen sehr schwer war.
- SJZ 48, S. 226: Fr. 1'000.- Schadenersatz und Genugtuung wegen Vernichtung von Schriftstücken.
- SJZ 50, S. 46: Fr. 1'000.- für grundlosen Bruch einer fünf Jahre dauernden Verlobung durch die Verlobte; bescheidene Verhältnisse des Klägers.
- SJZ 51, S. 43: Wegen Bedürftigkeit des Beklagten: Zuteilung des Eigentumsrechtes eines Radioapparates. Analoge Anwendung des Art. 49 II OR.
- SJZ 52, S. 197: Keine Genugtuung wegen Fehlens der besonderen Umstände. Der Verlobte hat die Briefe der Klägerin nicht beantwortet.
- SJZ 54, S. 336: 10'000.- Mark durch Urteil des BGH. "Die Verurteilung erfolgte zum Ausgleich der immateriellen Beeinträchtigungen des Betroffenen, zum Zwecke der Genugtuung; der Geldbetrag ist somit der Genugtuungszahlung gemäss OR 49 gleichzusetzen. Es ist nicht zu übersehen, dass die Höhe weit über das hinausgeht, was von den schweizerischen Gerichten in ähnlichen Fällen zugesprochen wird. Man trifft hier oft auf eine Zurückhaltung, die die Gefahr in sich birgt, auf eine Honorierung der Verletzer hinauszukommen. Demgegenüber sah z.B. schon das Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch von 1853 (§ 68) bei Verlöbnisbruch Genugtuungssummen von bis zu Fr. 20'000.- des damaligen Geldwertes vor, der ein Vielfaches des jetzigen betrug."
- SJZ 56, S. 92: Verlobte erhält Genugtuung (Betrag nicht angegeben), da ihr Verlobter fälschlicherweise behauptet, Student zu sein und bereit sei, sie zu heiraten. Die Verlobte gibt daraufhin ihre Stelle auf.
- SJZ 59, S. 73 ff.: Genugtuungssummen von Fr. 50.- bis zu mehreren Hundert zugesprochen, aufgrund von Kriminalfällen.

Die Fortsetzung dieser Zusammenstellung findet sich in SJZ 63, S. 258 ff.

- SJZ 59, S. 206: Fr. 200.- für zahlreiche Geschlechtsbeziehungen zwischen Geschwistern (er 19jährig, sie 16jährig). Verschulden der Schwester besteht im vorhergehenden leichtfertigen Verhalten.
- SJZ 60, S. 345: Zusprechung einer Genugtuung von Fr. 500.- für Lippen- und Zungenküsse abgelehnt, mangels einer wesentlichen Störung des seelischen Gleichgewichtes.
- SJZ 62, S. 328: Die Tötung eines unbeaufsichtigt herumtreibenden Hundes gibt keinen Anspruch auf Genugtuung, da die gesetzliche schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse fehlt.
- SJZ 64, S. 294: Fr. 3'500.- wegen Ueberfall, Notzucht und Schändung.
- SJZ 67, S. 339: "Wichtigster Bemessungsfaktor für die Höhe der Genugtuungssumme ist der Verschuldensgrad des Schädigers, obwohl die Genugtuung nach Art. 47 OR keine pönale Funktion hat. ... Das Zurücktreten des pönalen Momentes und die lediglich sogenannte sachliche Ausgleichsfunktion der Genugtuung ändern aber nichts an der wesentlichen Bedeutung des Verschuldens für die Bemessung der Genugtuung. Schweres einseitiges Verschulden bringt den Angehörigen eines Getöteten zum Bewusstsein, dass dieser Tod hätte vermieden werden können."
- SJZ 69, S. 91: Keine Genugtuung für eine gültige Kündigung, die gerade vor Weihnachten an einen Angestellten gegeben wurde, da jener sie provoziert hat.
- SJZ 69, S. 371: Derjenige, der auf Scheidung klagt wegen ehebrecherischem Verhalten seiner Frau, hat keinen Anspruch auf Genugtuung, wenn er selbst vor ergangenem Urteil im Konkubinat lebt.
- SJZ 72, S. 311: Fr. 12'000.- für den Todesfall des Sohnes an die Mutter. Diese Genugtuungssumme braucht sich die Anspruchsberechtigte trotz öffentlicher Unterstützung nicht anrechnen zu lassen.
- BGE 29 II 114: Keine Genugtuung, jedoch Fr. 2'000.- als Schadenersatz für den Besteller, der sich auf die Nichterfüllungen seines Unternehmers beruft.

- BGE 33 II 594: Fr. 400. - allerdings unter dem Titel des nicht nachweisbaren Schadens. Das Gericht führt weiter aus, dass dem Begehren um ausdrückliche "Wahrung der Ehre des Klägers" und gerichtliche "Aufhebung der Ehrenkränkung" nicht entsprochen werden kann, da diejenigen ausserhalb des Bereiches von Art. 50 und 55 aOR liegen.
- BGE 48 II 484: "Der zivilrechtliche Genugtuungsanspruch besteht ganz unabhängig von einem Strafurteil und wird insbesondere durch eine strafgerichtliche Verurteilung nicht aufgeschlossen. Denn er beruht nicht auf dem Gedanken einer Privatstrafe, die neben der staatlichen Strafe keinen Platz mehr hätte, sondern er soll einen Ausgleich für erlittene Unbill im Sinne eines Schmerzensgeldes oder einer Vergütung für tort moral schaffen..."
- BGE 84 II 57: Fr. 10'000. - allerdings Schadenersatz und Genugtuung wegen Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten.
- BGE 87 II 143: Fr. 5'000. - wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen durch Nichteinhaltung eines Dienstvertrages.
- BGE 87 II 290: Keine Genugtuung an eine Eigentümerin eines Grundstückes, an dem sie sehr hängt. Der Rechtsanwalt, der sich der Expropriation widersetzen soll, tut dies erfolglos. Dies bedeutet jedoch kein besonders schweres Verschulden des Anwaltes.
- BGE 89 II 26: "Le juge en proportionnera donc le montant à la gravité de l'atteinte subie et il évitera que la somme accordée n'apparaisse dérisoire à la victime. Aujourd'hui il doit prendre notamment en considération la diminution de la valeur de l'argent."
- BGE 97 II 339 ff.: In casu stellt sich die Frage der Bemessung einer Genugtuung bei einer Hirnschädigung. Hierzu äussert sich das Gericht (S. 349) folgendermassen: "Man kann sich fragen, ob bei dieser seelischen Verfassung ein Geldbetrag dem Kläger überhaupt Genugtuung verschaffen kann, d.h. seine durch die Körperverletzung weitgehend verminderte Lebensfreude zu heben und das die Einbusse an Arbeitskraft hervorgerufene psychische Unbehagen auszugleichen vermag. Ganz ausgeschlossen ist das indessen nicht. Es ist denkbar, dass der Kläger auch in seinem

heutigen psychischen Zustand das Geld noch in gleicher Weise schätzt wie der Durchschnittsbürger. "

- BGE 104 II 225 ff.: In diesem Entscheid wird darauf hingewiesen, dass die Persönlichkeitsgüter (respektive der Schutz des Persönlichkeitsrechts) mit dem Tod des Berechtigten enden. Die Persönlichkeitsgüter Verstorbener können nur von deren Angehörigen gewahrt werden, indem sich diese auf ihr eigenes Persönlichkeitsrecht stützen. Aufgrund erschwerter Rechtsverfolgung erfolgt ein Eintritt der Erben in die vom Verstorbenen angehobene **Klage**.

Richterliche Missbilligung:

- BlZR 37, 1938, Nr. 33: "Die richterliche Missbilligung ist schliesslich nichts anderes als eine besondere Art der Genugtuung, die der Verletzte bei besonderer Schwere der Verletzung und des Verschuldens auch neben dem Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung geltend machen kann, und die sich im Grunde genommen nur als eine Wiederholung und Verdeutlichung dessen erweist, was im richterlichen Erkenntnis auch durch die Zuerkennung einer Genugtuungssumme zum Ausdruck gebracht wird. "
- BlZR 38, 1939, Nr. 146: Die **Klage** auf richterliche Missbilligung eines den Kläger in seinen persönlichen Verhältnissen verletzenden Verhaltens des Beklagten bedeutet die Geltendmachung eines Genugtuungsanspruches nach OR 49 II.
- BIZR 53, 1954, Nr. 146, S. 321: "Da die gerichtliche Missbilligung eine - gegenüber der Geldleistung - "andere" Art der Genugtuung im Sinne von Art. 49, Abs. 2 darstellt (BGE 63 II 187), die nicht zu einer Mehrung des Vermögens des Verletzten führt, ..."
- BIZR 54, 1955, Nr. 85, S. 163: "Mit dem Bundesgericht (BGE 63 II 185) ist davon auszugehen, dass die Feststellungsklage sich in der Feststellung einer rechtlichen Gebundenheit oder einer Rechtspflicht erschöpft. Wird auf gerichtliche Missbilligung eines bestimmten Verhaltens geklagt, so steht sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Inhalt eines solchen Rechtsbegehrens nicht mehr nur die Befriedigung eines prozessualen

Feststellungsbedürfnisses in Frage, sondern ein Bedürfnis nach Satisfaktion. Der Umstand, dass das Begehren um gerichtliche Missbilligung nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist, tut ihm keinen Abbruch, darf doch der Richter gemäss Art. 49 Abs. 2 OR anstatt oder neben einer Geldleistung als Genugtuung auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.

Das Bundesgericht hatte damals einen Fall zu entscheiden, in welchem eine minimale Genugtuungssumme in der Höhe eines symbolischen Frankens eingeklagt war. Es führte hiezu aus, bei den Genugtuungsfällen von Art. 49 OR trete die Feststellung und Missbilligung des Unrechtes in den Vordergrund, es habe daher keinen Sinn, neben der gerichtlichen Missbilligung dem Kläger noch einen Franken als Genugtuung zuzusprechen denn darin liege im Grunde genommen nur eine andere Form gerichtlicher Missbilligung. Wie ein Begehren um gerichtliche Missbilligung neben einem solchen um Zusprechung einer erheblichen Genugtuungssumme zu behandeln wäre, liess das Bundesgericht offen."

- ZBJV 68, 1932, S. 181 ff.: Verurteilung zur Bezahlung einer Genugtuungssumme von Fr. 1.- und Veröffentlichung des Urteils in einer bestimmten Tageszeitung.
- BGE 42 II 596: "Was die Sanktion anbelangt, so hat die Vorinstanz zur Markierung für "tort moral" Fr. 1.- zugesprochen. Mit Recht hat sich der Kläger schliesslich dabei beruhigt, weil er schon anderweitig Genugtuung erhalten hat: durch die Ergebnisse des Hauptprozesses, sowie durch den vorliegenden Prozess selbst, in seinen Beweisergebnissen und in seinem strafrechtlichen Dispositiv. Es liesse sich bei dieser Sachlage überhaupt fragen, ob daneben eine Zivilforderung noch angängig sei."
- BGE 48 II 13 ff.: In diesem Entscheid führt das Bundesgericht aus, dass eine andere Art der Genugtuung gemäss OR 49 II geeignet sei, die andauernde seelische Beeinträchtigung zu beheben. Durch eine nachträgliche richterliche Feststellung soll ein Aequivalent für die erlittene Unbill geschaffen werden.
- BGE 63 II 187: "Denn selbst wenn man entscheidendes Gewicht darauf legen wollte, dass die Missbilligungsklage jedenfalls praktisch auf eine

Feststellungsklage (mit der speziellen Funktion, eine Genugtuung zu vermitteln), hinausläuft, käme man doch zu keinem andern Ergebnis. Schon allein der Umstand, dass die Missbilligungsklage regelmässig in einem Moment angestrebt wird, in dem eine eigentliche Leistungsklage möglich ist, zeigt, dass die sonst das Wesen der Feststellungsklage ausmachende Sicherungsfunktion (Beseitigung der Gefährdung einer Rechtsstellung) bei der Missbilligungsklage vollständig in den Hintergrund tritt, um der Funktion der Befriedigung eines Satisfaktionsbedürfnisses Platz zu machen.

Damit tritt man aber unter allen Umständen in den Anwendungsbereich des Art. 49 Abs. 2 OR, der ja ausdrücklich - der Geldleistung gegenüber - von andern Arten der Genugtuung spricht und damit wohl auch (entgegen der Ansicht von Oser-Schönenberger, Anm. 14 zu Art. 49 OR) die in der Form einer gerichtlichen Missbilligung erfolgende mitumfasst haben will. "

Weiter wird ausgeführt, dass die Zusprechung eines Frankens nur eine besondere Form der gerichtlichen Missbilligung darstellt.

- BGE 71 II 14: Keine Genugtuung wegen Urteilsunfähigkeit des Vaters: Die Bedingung der verbrechlichen Beiwohnung während zweier Jahre zwischen zwei internierten Geistesschwachen entfällt somit.
- BGE 80 II 193: OR 49 II ist in Scheidungssachen nicht anwendbar. Der symbolische Franken kann aufgrund von ZGB 151 II nicht zugesprochen werden, da diese Art der Entschädigung nicht der "Geldsumme" des Artikels 151 ZGB entspricht.

Ehrenerklärung:

- ZBJV 63, 1927, S. 264: "Der erstinstanzliche Richter hat als weitere Art der Genugtuung die Haltlosigkeit der von der Angeschuldigten aufgestellten verleumderischen Behauptungen konstatiert und den Zivilkläger als Ehrenmann erklärt. Art. 49 OR gibt dem Richter allerdings die Mög-

lichkeit, neben der Leistung zu einer Geldsumme als Genugtuung auf eine andere Art der Genugtuung zu erkennen. Diese doppelte Wiedergutmachung bei Verletzung in den persönlichen Verhältnissen sollte aber die Ausnahme bilden."

Vgl. jedoch in bezug auf die kumulative Anwendung von Abs. 1 und 2 OR 49 BGE 84 II 570.

Urteilsveröffentlichung:

- ZBJV 60, 1924, S. 504: "Das Genugtuungsbegehren ist dagegen beiden Klägern zuzusprechen, wobei der Richter zu prüfen hat, ob Zuerkennung einer Geldsumme oder einer andern Genugtuung den Umständen angemessen ist..., unter grundsätzlicher Gutheissung der Klage von der Auferlegung einer Geldleistung abzusehen, dagegen die Unbegründetheit der durch den Beklagten gegenüber den Klägern gemachten Vorbehalte festzustellen und dem Beklagten aufzuerlegen, das vorstehende Urteil auf seine Kosten drucken zu lassen und dem gleichen Personenkreis zur Kenntnis zu bringen, wie die beanstandete Klageschrift."
- ZBJV 63, 1927, S. 136 ff.: Die Urteilsveröffentlichung wird als andere Art der Genugtuung gemäss Art. 49 Abs. 2 OR betrachtet, für den auch die erschwerten Voraussetzungen des Abs. 1 erforderlich sind. Der bernische Appellationshof anerkennt, dass eine Provokation geeignet sei, die besondere Schwere auszuschliessen.
- ZBJV 68, 1932, S. 181 ff.
- ZBJV 73, 1937, S. 151: "Beim Zuspruch einer Genugtuung ist in erster Linie darauf zu achten, dass das geschehene Unrecht dort widerrufen wird, wo es zugefügt worden ist. Dies hat durch Wiedergabe des Urteilsdispositivs in der Detaillistenzeitung zu geschehen. Dem Kläger ist das Recht einzuräumen, das Dispositiv des Urteils auf Kosten des Beklagten einmal in dieser Zeitung kommentarlos einrücken zu lassen, sofern der Beklagte nicht vorzieht, das Dispositiv des Urteils an der Stelle der Detaillistenzeitung kommentarlos abzdrukken, an der der eingeklagte Artikel erschienen ist. Darüber hinaus ist der Beklagte zu einer Genugtuungssumme von Fr. 800.- zu verurteilen."

- BGE 41 II 445: Das Bundesgericht lehnt die Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung ab, da einerseits die besondern Voraussetzungen nicht erfüllt sind, anderseits im veröffentlichten Strafurteil für den Kläger bereits eine Genugtuung liegt.
- BGE 45 II 108: "Wenn Art. 49 Abs. 2 OR den Richter ermächtigt, anstatt oder neben der Geldleistung auch auf eine andere Art der Genugtuung zu erkennen, so soll damit nicht gesagt werden, dass es für diese anderen nicht in Geld bestehenden Leistungen weniger strenger Voraussetzungen bedürfe. Es soll ihm dadurch nur die Möglichkeit eröffnet werden, den Genugtuungszweck auch auf andere Weise zu erreichen, wenn die Abfindung in Geld als den Umständen nicht angemessen oder nicht ausreichend erscheint. Eine andere Lösung wäre auch offenbar nicht gerechtfertigt, da die Akte, denen sich dabei der Beklagte unterziehen muss, die Publikation des Urteils usw. ihn unter Umständen weit härter treffen können, als es bei der blossen Verurteilung zur Zahlung einer Geldsumme der Fall wäre. Der Unterschied zwischen Abs. 1 und 2 des Art. 49 liegt demnach ausschliesslich in der Verschiedenheit der Leistungen, die dem Beklagten zugemutet werden, und nicht in den materiellen Erfordernissen, an die die Verurteilung zu ihnen geknüpft ist."
- BGE 84 II 570 ff.: Fr. 10'000.- als Genugtuungssumme und Schadenersatz. Zugleich ist das Urteil zu veröffentlichen. Dies verschafft dem Kläger einerseits eine zusätzliche Genugtuung gemäss OR 49 II andererseits ist die Veröffentlichung geeignet, den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen.
- BGE 95 II 481 ff.: In diesem Entscheid hat das Bundesgericht erkannt, dass es sich sowohl bei der gerichtlichen Feststellung der Widerrechtlichkeit wie auch bei der angemessenen Veröffentlichung des Urteils um geeignete Mittel handelt, die Störung zu beseitigen.
- BGE 104 II 2: "Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung betrachtet die Urteilsveröffentlichung bei Persönlichkeitsverletzungen durch Presseäusserungen in Anlehnung an das Schrifttum sowie die Praxis in Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nicht mehr als eine besondere Art der Genugtuung, sondern als Mittel zur Beseitigung des Störungszustand-

des, der durch die verletzendende Publikation geschaffen wurde (BGE 95 II 499 f. E. 10 mit Hinweisen; 100 II 180 E. 6). "

Bestrafung als Genugtuung:

- ZBJV 111, 1975, S. 472: "Vielmehr werden gerade im Rahmen des Strafprozesses und der adhäsionsweise geltend gemachten Genugtuung besonders strenge Anforderungen an die erwähnten Begriffe des Art. 49 Abs. 2 OR gestellt, weil der Privatkläger schon durch die Bestrafung des Täters eine gewisse Genugtuung erhält. Die Genugtuungswirkung der Bestrafung wird vom Gesetzgeber recht hoch bewertet, wie sich aus den in BGE 39 II 281 zusammengestellten Gesetzesmaterialien ergibt. "
- BGE 42 II 596

Indirekte Verletzung der persönlichen Verhältnisse:

- SJZ 65, S. 97: "Ein Vater, dessen Kind durch einen Dritten gezüchtigt worden ist, kann eine eigene Genugtuungsforderung geltend machen, sofern im Verhältnis zu ihm eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens gegeben ist. "
- SJZ 73, S. 110: "Ebenso ist das persönliche Verhältnis des Vaters betroffen, wenn ein Dritter seine minderjährige Tochter negativ beeinflusst. Denn auch bei der Störung der Ehe durch Dritte ist eine indirekte Einwirkung auf die persönlichen Verhältnisse des andern Ehegatten gegeben, und nicht anders ist es bei der Störung des Eltern-Kind-Verhältnisses durch einen Dritten. "
- BGE 101 II 177 ff.: Keine Genugtuung an die Hinterbliebenen, die für eine Organtransplantation nicht um ihr Einverständnis gefragt wurden, da es sich nicht um eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts derselben handelt.

§ 4 DER SCHADENERSATZANSPRUCH

A) Geschichtliche Entwicklung

Das römische Recht kannte bestimmte Delikte, gegen die mit bestimmten Mitteln vorgegangen werden konnte. Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass der Begriff der unerlaubten Handlung im römischen Recht sehr eng war. Nicht jede "widerrechtliche und schuldhafte Verletzung" eines Rechtsgutes führte zu einer Klage, sondern erst die Verwirklichung bestimmter Tatbestände ermöglichte dem Verletzten Klage zu erheben¹.

Bei dem durch ein Delikt begründeten Schuldverhältnis entstanden beim Verletzten verschiedene Forderungsrechte. Diese Forderungsrechte konnten in Form von Schadenersatz (reipersekutorische Klage), Busse (Pönalklage) und Schadenersatz und Busse (actio mixta) auftreten.

Die Tatbestände, die uns in diesem Zusammenhang interessieren, sind das "furtum" und das "damnum iniuria datum". Mit "furtum" wurde die bewusst widerrechtliche Aneignung einer fremden beweglichen Sache bezeichnet².

Der Begriff des Diebstahls war im römischen Recht erheblich weiter gefasst als in der heutigen Rechtsordnung. Unter den Begriff Diebstahl subsumierte man sowohl den Raub, die Unterschlagung wie auch die Untreue und den Gebrauchsdiebstahl³.

Aus dem Diebstahl entsprangen zwei Klagen. Einmal die "actio furti" (Bussklage) gegen den Dieb, die das Doppelte oder gar Vierfache des Wertes betragen konnte, je nach den Umständen, unter denen der Dieb ertappt wurde. Zum andern die "condictio furtiva" (Schadenersatz), die dem Eigentümer zustand, und mit welcher er die Herausgabe der Sache oder Ersatz des Interesses verlangen konnte⁴.

Bei "rapina" hatte der Verletzte im prätorischen Recht die Möglichkeit, die "actio vi bonorum raptorum" geltend zu machen. Diese Klage wird als "actio mixta" bezeichnet, da sie das "quadruplum" erzeugte.

1 J. Wiefels, S. 102

2 R. Sohm, S. 570

3 J. Wiefels, S. 103

4 J. Wiefels, S. 104

Ein "simplum" dessen galt jedoch als Schadenersatz. Nach Ablauf eines Jahres konnte von jedem durch den Raub Geschädigten nur noch auf einfachen Schadenersatz geklagt werden¹.

Das "damnum iniuria datum" ist die schuldhaft Sachbeschädigung aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Dem Geschädigten entstand daraus die "actio legis aquiliae" auf vollen Schadenersatz, d.h., der Berechnung wurde der Wert zugrunde gelegt, den die Sache im letzten Jahr oder im letzten Monat hatte. Man hatte es somit mit einer "reipersekutorischen Klage" zu tun, da in der Art der Schätzung ein pönales Element lag².

In der Frühzeit verlangte der Wortlaut der "lex aquilia", dass der Sachschaden unmittelbar durch die Handlung herbeigeführt worden war, währenddem der Prätor in späterer Zeit die Klage auch zuliess, wenn der Sachschaden mittelbar entstanden war.

Im justinianischen Recht wurde die Klage auch bei fahrlässiger Körperverletzung gewährt³.

Das praktische Ziel all dieser schuldrechtlichen Institute war schon im justinianischen Recht der Ersatz des Schadens. Trotzdem enthielt der "Schadenersatz" nach römischem Recht noch starke pönale Züge.

Im Gemeinen Recht änderte sich jedoch diese Ansicht, indem die privatrechtliche "poena" überhaupt nicht mehr verhängt werden durfte⁴.

Dadurch, dass im Gemeinen Recht die Privatstrafen weggefallen waren, erwuchsen dem Gesetzgeber und der Theorie die Aufgabe, diejenigen Elemente herauszuarbeiten, die einen Anspruch auf Ersatz gewährleisteten.

Die naturrechtlichen Kodifikationen⁵ gewährten Schadenersatz, sobald ein widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten vorlag, wobei die Formulierung des Kausalzusammenhanges der Wissenschaft und der Praxis überlassen wurde. Diese Elemente wurden von unserer Rechtsordnung übernommen. Sie fanden ihren Niederschlag in Art. 41 OR.

1 R. Sohm, S. 572

2 R. Sohm, S. 573

3 J. Wiefels, S. 104

4 H. Kreller, S. 390

5 H. Kreller, S. 398 im besondern N 3

B) Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Schadenersatzes ergibt sich aus dessen Begriff. Schadenersatz ist die Wiedergutmachung des Schadens durch den rechtlich verantwortlichen Verursacher. Obwohl der Schaden grundsätzlich von demjenigen zu tragen ist, der ihn erlitten hat, kann unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen eine Abwälzung auf den Verursacher erfolgen. Der Schädiger hat dabei denjenigen wirtschaftlichen Zustand wiederherzustellen, wie er vor dem schädigenden Ereignis bestand. Inwieweit der ganze oder bloss Teile des Schadens ersetzt werden müssen, ist Angelegenheit der Schadenersatzbemessung¹.

C) Voraussetzungen

1. Schaden

Auf den Begriff des Schadens ist bereits im Zusammenhang mit der Rechtsnatur des Genugtuungsanspruchs eingegangen worden². Trotzdem muss der Begriff nochmals kurz erläutert werden, vor allem im Hinblick auf die verschiedenen Schadensarten. Als Schaden wird jede Vermögensverminderung bezeichnet, die gegen den Willen des Vermögensherrn durch ein verletzendes Verhalten eintritt³.

Der Schaden besteht somit nicht in der Beeinträchtigung der persönlichen Verhältnisse, sondern er muss sich in ökonomischer Hinsicht auswirken.

Die Vermögensminderung kann in verschiedenen Arten auftreten.

a) damnum emergens

Als damnum emergens wird die Minderung des vorhandenen Vermögens bedingt durch das schädigende Ereignis bezeichnet⁴.

1 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 62 f

2 Vgl. S. 24 ff.

3 K. Oftinger, Bd. I, S. 53; von Thur/Escher, S. 84; Oser N 74 zu OR 41

4 Statt vieler von Thur/Escher, S. 85

Das *damnum emergens* kann auch als positiver Schaden bezeichnet werden¹, doch darf dies nicht mit dem Begriff des Erfüllungsinteresses verwechselt werden.

b) *lucrum cessans*

Ohne das schädigende Ereignis wäre eine Vermögensvermehrung eingetreten. Dieser Nichteintritt ist *lucrum cessans*². Der Schaden besteht im Betrag des entgangenen Gewinns³.

c) unmittelbarer Schaden - mittelbarer Schaden

Oftmals findet man auch die Gegenüberstellung von mittelbarem mit unmittelbarem Schaden. Diese Unterteilung ist jedoch rechtlich irrelevant, da es sich um ein Problem der Kausalität handelt. Sobald Ursache und Wirkung in einem vernünftigen Zusammenhang stehen, findet eine notwendige Ueberschneidung mit den eingangs erwähnten Arten statt: unmittelbarer Schaden = *damnum emergens*; mittelbarer Schaden = *lucrum cessans*.

d) Weitere Arten

Weitere Arten sind noch der Personenschaden (Körperverletzung und Tötung), der Sachschaden (Beschädigung, Zerstörung und Verlust von Sachen) und der Vermögensschaden (aller übrige Schaden)⁴. Sowohl der Personenschaden wie auch der Sachschaden bedürfen keiner näheren Erläuterung, da sie rein terminologisch keine Probleme aufwerfen. Einer Definition bedarf nur der Vermögensschaden. Negativ umschrieben ist Vermögensschaden derjenige Schaden, der weder aus einem Personenschaden noch aus einem Sachschaden hervorgeht. Positiv heisst das, dass

1 M. Keller, S. 19

2 Statt vieler von Thur/Escher, S. 85

3 Wie sich diese Schadensform im Vertragsrecht infolge Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung realisiert dazu vgl. M. Keller, S. 18 f

4 K. Oftinger, Bd. I, S. 61

er als alleinige Folge einer haftbar machenden Handlung betrachtet werden muss¹.

e) Welche Arten sind bei Persönlichkeitsverletzungen möglich?

Es wird versucht aufzuzeichnen, welche Schadensarten durch eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse hervorgerufen werden können. Dabei werden Personen-, Sach- und Vermögensschaden immer in Beziehung zu *lucrum cessans* und *damnum emergens* gebracht, da die drei erwähnten Arten sich entweder als *damnum emergens* oder als *lucrum cessans* auswirken.

aa) *damnum emergens* bei Personenschaden

Eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen ist durchaus geeignet, sich auf die körperliche Gesundheit des Betroffenen auszuwirken. Auch der Tod als Folge dieser Körperverletzung ist nicht ausgeschlossen².

Zu denken ist beispielsweise an ein durch eine verletzende Pressekampagne hervorgerufenes Magengeschwür, das im ungünstigsten Falle zum Tode führen kann.

bb) *damnum emergens* bei Sachschaden

Es ist richtig, dass durch Meinungsäußerungen kein unmittelbarer Sachschaden entstehen kann³.

Es ist jedoch möglich, dass eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse beim Betroffenen einen Sachschaden verursachen kann. Die Tötung eines Hundes kann die persönlichen Verhältnisse des Eigentümers verletzen, und es erwächst ihm dadurch ein Sachschaden⁴.

1 K. Oftinger, Bd. I, S. 61 im besonderen die Beispiele in N 41

2 R. Schumacher (S. 180) billigt diese Ansicht nur teilweise. Er erachtet es vor allem als höchst unwahrscheinlich, dass ein Rechtsstreit wegen Tötungsschaden überhaupt entstehen kann. Schadenersatz wegen Körperverletzung hält er für möglich, jedoch seien dies seltene Ausnahmen. Vgl. besonders N 4 S. 180

3 R. Schumacher, S. 181

4 SJZ 62, S. 328

cc) *damnum emergens* bei Vermögensschaden

Der Vermögensschaden hervorgerufen durch eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse kann darin bestehen, dass der Betroffene versucht, den eingetretenen Schaden mit eigenen Mitteln¹ zu verringern oder den zu erwartenden Schaden zu verhüten. Diese Verringerungs- und Verhütungskosten sind als Vermögensschaden vom Verletzer zu ersetzen.

dd) *lucrum cessans* bei Personen-, Sach- und Vermögensschaden

Was für *damnum emergens* bei Personen-, Sach- und Vermögensschaden aufgeführt wurde, hat auch bei *lucrum cessans* Gültigkeit. Entgangener Gewinn ist zu ersetzen, sobald die Wahrscheinlichkeit besteht, dass ohne den Eintritt des schädigenden Verhaltens ein Gewinn erzielt worden wäre².

f) Beweis des Schadens und der Schadenhöhe

Nun befindet sich der Kläger oftmals in der Situation, dass er über den materiellen Nachteil (die Vermögenseinbusse) keine genügenden Angaben machen kann. Es wäre nun stossend, wenn aufgrund dieses Beweisnotstandes dem Kläger kein Schadenersatz zugesprochen werden könnte. In dieser Situation besteht für die klagende Partei die Möglichkeit, sich auf OR 42 Abs. 2 zu berufen. Dort wird die Abschätzung des nicht ziffermässig bestimmbareren Schadens in das Ermessen des Richters gestellt, der sowohl den gewöhnlichen Lauf der Dinge, wie auch die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen zu berücksichtigen hat. Der Kläger kann sich nicht nur dann auf OR 42 Abs. 2 berufen, wenn der Schaden nicht ziffermässig nachweisbar ist, sondern auch dann, wenn das Vorhandensein eines Schadens überhaupt bestritten wird³.

Keller⁴ betont, dass dieser abstrakte Massstab nur dann angewendet werden kann, wenn einerseits der Schaden nicht anders bewiesen werden kann und

1 Vgl. Beispiele bei Schumacher, S. 181

2 K. Otfinger, Bd. I, S. 56

3 M. Keller, S. 278; R. Schumacher, S. 183; BGE 81 II 55 / 95 II 501

4 M. Keller, S. 278

andererseits die beklagte Partei nicht beweisen kann, dass der Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geringer ist.

Somit ist dieser Artikel genau auf die Fälle von Verletzungen in den persönlichen Verhältnissen zugeschnitten¹.

Es ist klar, dass bei der Anwendung von OR 42 Abs. 2 die Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss, vor allem in bezug auf die Zumutbarkeit der Beweisführung durch den Kläger. Der Schadenersatzanspruch kann überall dort nicht durchgesetzt werden, wo eine relativ konkrete Vermögens-einbusse² nicht nachzuweisen ist. Dies kann zum Teil zu stossenden Resultaten führen, vor allem, wenn durch die persönlichkeitsverletzende Handlung auf Seiten des Verletzers ein Gewinn resultiert. Vor allem im Bereich der Presse kommt es oft zu solchen Situationen. Merz skizziert diese Problematik treffend, indem er sie folgendermassen schildert: "Es gibt im Bereich der Sensationspresse eine ganze Kategorie von Presseorganen, die auf die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im vorne skizzierten Sinn und damit auf die Zugehörigkeit zu einer "moralischen Anstalt" verzichten und sich mehr oder weniger ausschliesslich auf die Publikation von Einzelheiten aus dem Leben von Personen der Zeitgeschichte beschränken. Im Vordergrund des Interesses stehen Publikumslieblinge aus der Welt des Sportes, des Films, des ganzen sogenannten "show-business", aber auch Spitzen der Gesellschaft und der Politik, nicht zu vergessen Verbrecher und ihre Opfer. Die Veröffentlichungen bewegen sich nicht selten in der Grenzzone zwischen Erlaubtem und Widerrechtlichem. Das Ueberschreiten der Grenze wird in

1 BGE 81 II 55 Erw. 5 / 86 II 45 Erw. 4 / 95 II 501 Erw. 12 a

2 M. Keller, S. 278 f: "Dieser Umstand hängt damit zusammen, dass von einem entgangenen Gewinn vernünftigerweise überhaupt erst gesprochen werden kann, wenn bewiesen wird, aus welchem Grunde das Vermögen sich nicht vermehrt hat; denn das letztere wird vermutet, nicht dagegen der Eintritt eines solchen Schadens. Die Konsequenz ist die, dass der Richter nicht allzu hohe Anforderungen an den Beweis des entgangenen Gewinns stellen sollte. Andererseits ist aber zu beachten, dass man in vielen Fällen zum Schluss kommen muss, dass der Gewinn auch ohne das Dazwischentreten des zum Ersatz verpflichtenden Verhaltens entgangen wäre. Der Beweis eines tatsächlich entgangenen Gewinns ist zwar schwierig, dem Beweispflichtigen Beweiserleichterungen zuzugestehen aber gefährlich. Dagegen darf der Richter keinesfalls den Nachweis verlangen, dass der Gewinn ohne das schädigende Verhalten bestimmt eingetreten wäre."

Kauf genommen. Das Blatt verdankt seinen Erfolg nicht zum geringsten Teil dem sensations- und skandalumwitterten Inhalt. Gelegentliche Verurteilungen fallen demgegenüber nicht ins Gewicht, so lange ihre finanziellen Konsequenzen die Ertragsrechnung wenig belasten¹."

In der Literatur beschäftigte man sich ebenfalls mit dieser Erscheinung, wobei man an eine Abwicklung über OR 423 dachte². Das Bundesgericht hat diese Gewinnabschöpfung bei Patentverletzungen, allerdings gestützt auf OR 423, bejaht³.

Es fragt sich in diesem Zusammenhang, ob dies nicht analog auf die Verletzung des Persönlichkeitsrechts Anwendung finden könnte⁴.

Auch die Kommission Lüchinger hat sich mit diesem Problem beschäftigt. Seinen Niederschlag hat es im neuen Art. 49 OR gefunden, dessen Absatz 3 folgendermassen lautet:

"Der Verletzte hat, auch wenn kein Verschulden vorliegt, Anspruch auf Herausgabe eines durch die Verletzung erzielten Gewinns oder sonstigen Vermögensvorteils."

2. Widerrechtlichkeit

Die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, die den Schaden verursacht hat, muss widerrechtlich sein⁵.

3. Kausalzusammenhang

a) adäquater Kausalzusammenhang

Die Verletzung der persönlichen Verhältnisse muss nach dem gewöhnlichen

1 H. Merz, S. 91

2 K. Otfinger, 33/34 mit Zitaten; H. Merz, S. 91

3 BGE 98 II 332 Erw. 5 a

4 A. Lüchinger, S. 329

5 Vgl. S. 8 ff.

Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den eingetretenen Schaden zu bewirken¹.

In objektiver² Hinsicht muss der Schaden voraussehbar sein.

Da die Verletzung der persönlichen Verhältnisse sich im psychischen Bereich abspielt, ist es grossenteils schwierig, die Wirkung in objektiver Hinsicht vorausszusehen. Der Richter hat festzustellen, inwieweit Ursache und Wirkung typisch respektive atypisch sind. Schumacher³ weist darauf hin, dass bei verletzenden Presseäusserungen oftmals der Kausalzusammenhang gar nicht bewiesen werden kann. Nach seiner Ansicht genügt eine sehr hohe "Wahrscheinlichkeit", um den Kausalzusammenhang bejahen zu können. Somit sind auch diejenigen Wirkungen erfasst, die nicht selbstverständlich und regelmässig zu erwarten sind.

b) Inadäquater Kausalzusammenhang

Der Kausalzusammenhang wird unterbrochen - inadäquat - durch einen mit gewisser Intensität auftretenden Unterbrechungsgrund. Fehlt die notwendige Intensität, so haben wir es mit einem Problem der Ursachenkonkurrenz zu tun, deren Konsequenzen sich vor allem auf die Schadenersatzbemessung auswirken⁴.

aa) Höhere Gewalt

Bei der Verletzung der persönlichen Verhältnisse dürfte dieser Entlastungsgrund wohl kaum von Bedeutung sein.

bb) Selbstverschulden

Im Bereich der persönlichen Verhältnisse ist es möglich, dass der Geschädigte selbst den Schaden verursacht oder vergrössert hat. Bringt er dem

1 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 72

2 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 71 die subjektive Zurechenbarkeit begründet das Verschulden.

3 R. Schumacher, S. 186 f

4 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 108 ff.

Verletzer beispielweise Tatsachen der Geheim- oder Privatsphäre zur Kenntnis, die dann durch ein Medium an die Öffentlichkeit gelangen, so hat er allein die primäre Ursache zum Schadenseintritt gesetzt¹.

Eine Vergrösserung des Schadens, die vom Geschädigten selbst zu tragen ist, liegt vor, wenn er die nach den Umständen gebotenen Sofortmassnahmen unterlässt. Stillschweigen auf ein kreditschädigendes Inserat kann unter Umständen zu einer Vergrösserung des Schadens führen. Hätte der Geschädigte sofort eine berichtigende Gegenerklärung veröffentlichen lassen, wäre der Schaden wahrscheinlich geringer ausgefallen².

Wie bereits erwähnt, ist dieser letzte Fall ein Tatbestand der Ursachenkonkurrenz, der bei der Schadenersatzbemessung durch den Richter gemäss OR 44 I mitberücksichtigt werden muss.

cc) Drittverschulden

Durch eine weitere Äusserung eines andern Mediums kann eine bestehende Presseäusserung Schaden stiften. Die primäre Ursache wird durch das Hinzutreten der neuen Ursache in den Hintergrund gedrängt, d. h., die Kausalkette wird unterbrochen. Fehlt dem Drittverschulden die notwendige Intensität, so wirkt sich die Drittursache lediglich auf die Grösse des Schadens aus. Bei der Schadenersatzbemessung ist diesem Umstand dann wieder Rechnung zu tragen.

4. Verschulden

Das von einem Durchschnittsverhalten abweichende menschliche Verhalten wird als Verschulden bezeichnet, sofern der Verursacher urteilsfähig ist³.

Man unterscheidet zwei Arten des Verschuldens, nämlich Vorsatz und Fahrlässigkeit.

1 Diese Folgerung beruht auf der Annahme, dass der Geschädigte eine Veröffentlichung in Kauf nimmt. Gerade Leute des Showgeschäftes erhoffen sich durch Veröffentlichung der Intims- oder Privatsphäre eine grössere Publizität.

2 Im gleichen Sinne Schumacher, S. 188 f

3 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 141 und A. Keller, S. 69

a) Vorsatz

Wie bereits erwähnt¹, wird mit Vorsatz die bewusste, gewollte Verletzung bezeichnet. Absicht, direkter Vorsatz und Eventualvorsatz sind spezielle Vorsatzarten.

Auf dem Gebiet der Verletzung der persönlichen Verhältnisse kommt Vorsatz relativ häufig vor. Absicht ist beispielsweise anzunehmen, wenn tatsächliche Verhältnisse bewusst und gewollt unterdrückt werden². Vorsatz, wenn in besonders verletzender Form eine Berichterstattung erfolgt³, oder wenn mittels einer Presseäußerung versucht wird, den Betroffenen zu schädigen⁴.

b) Fahrlässigkeit

Die Ausserachtlassung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt wird als Fahrlässigkeit bezeichnet, wobei zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit unterschieden wird⁵.

Als grobfahrlässig bezeichnet man dasjenige Verhalten, das die elementarsten Vorsichtsmassnahmen ausserachtlässt, die jedem vernünftigen Menschen unter den gleichen Umständen zukommen⁶. Die Erhebung von Anschuldigungen, die sich bei gehöriger Prüfung als falsch erwiesen hätten, ist grobfahrlässig⁷.

"Leichte Fahrlässigkeit ist jede nicht grobe⁸."

Sowohl die leichte wie auch die grobe Fahrlässigkeit werden nach der aufzuwendenden Sorgfaltspflicht bestimmt. Die Umschreibung der Sorgfaltspflicht hat objektiv⁹ zu sein, d.h., sie muss den jeweiligen konkreten Umständen angepasst werden.

1 Vgl. S. 42

2 BGE 84 II 575

3 BlZR 70, 1971, Nr. 46

4 BGE 33 II 594 / 82 II 317

5 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 142 ff.

6 BGE 100 II 34

7 BlZR 70, 1971, Nr. 34

8 K. Oftinger, Bd. I, S. 153

9 K. Oftinger, Bd. I, S. 145

Die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Verletzungen der persönlichen Verhältnisse, die einen Schaden zur Folge haben, erfolgen durch das Fernsehen, das Radio oder die Presse. Die durch das jeweilige Medium zu erfüllende Sorgfaltspflicht richtet sich nicht nach den Fähigkeiten eines Durchschnittsmenschen, sondern nach den durchschnittlichen fachlichen Qualifikationen eines guten Fachmannes. In der Beurteilung der geforderten Sorgfaltspflicht muss sich einerseits das Schädigungspotential ausdrücken und andererseits die Qualifikation des Berufes¹.

Handelt jemand, obwohl er diesen erhöhten Ansprüchen nicht gewachsen ist, so ist er im Verschulden².

Bereits im Zusammenhang mit der Genugtuungsklage³ wurde auf die besonderen Umstände (Wahlkampf, Provokation usw.) hingewiesen. Auch in diesem Zusammenhang sind die besonderen Umstände von Bedeutung, da sie einen Einfluss auf den Äusserer ausüben können⁴. Diesem die Sorgfaltspflicht wesentlich beeinflussenden Umstand hat der Richter bei der Verschuldensbeurteilung ebenfalls Rechnung zu tragen.

D) Aktivlegitimation

Der Schaden als Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs entscheidet nicht über die Legitimation zur Geltendmachung desselben. Auch das Verschulden liefert keinen Anhaltspunkt über die Anspruchsberechtigung, da es nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Kriterien gemessen wird⁵. Weiter würden die Tatbestände der Kausalhaftung gar nicht erfasst werden.

Auch der Kausalzusammenhang eignet sich zur Beurteilung der Aktivlegitimation nicht. Wie bereits erwähnt wurde⁶, werden an den Beweis des

1 K. Oftinger, Bd. I, S. 147

2 Chr. Burckhardt (S. 521) meint dazu: "Wer diesen Ansprüchen nach Intelligenz oder Kenntnissen oder Willensbestimmtheit nicht gewachsen ist, lasse die Hand vom Spiele; ..."

3 Vgl. S. 61 ff.

4 Vgl. dazu die bei Schumacher (S. 193) behandelte Provokation.

5 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 138 ff.

6 Vgl. S. 94

Kausalzusammenhangs keine strengen Anforderungen gestellt, zumal eine hohe Wahrscheinlichkeit vielfach genügt. Sehr häufig werden durch eine unerlaubte Handlung neben dem direkt Betroffenen auch andere Personen beeinträchtigt, die mit ihm in irgendeiner Beziehung stehen. Die verletzten persönlichen Verhältnisse erschöpfen sich nicht in der Individualität der Person, sondern deren Beziehung zur Umwelt wird auch miterfasst. Bei einer Verletzung wird nebst der Individualität auch gleichzeitig das Verhältnis zur Umwelt verletzt. Aufgrund dieser Verhältnisverletzung können wiederum weitere Geschädigte auftreten. Wird beispielsweise ein Kind durch eine Presseäußerung in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, so wird gleichzeitig das Eltern-Kind-Verhältnis beeinträchtigt. Erleiden die Eltern einen Schaden, so stellt sich die Frage der Aktivlegitimation. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat schon mehrmals betont, dass nur dem unmittelbar Betroffenen ein Ersatzanspruch zusteht.

BGE 57 II 181: "Aus unerlaubten Handlungen entsteht ein Schadenersatzanspruch in der Regel nur für den, der hievon unmittelbar betroffen wird, nicht auch für Dritte, welche durch eine Reflexwirkung des Delikts mittelbar benachteiligt werden."

BGE 82 II 28: "..., l'art 41 CO ne permet d'allouer des dommages-intérêts qu'à la personne directement atteint par l'acte illicite; les tiers lésés indirectement et par ricochet ne bénéficient pas d'un tel droit..."

Das Problem kann nur mittels der Klärung des Begriffs der Widerrechtlichkeit gelöst werden¹. Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 41 bedeutet einen Verstoss gegen eine Rechtsnorm, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagt². Es wird somit dem Rechtsgenossen ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben. Die Widerrechtlichkeitsnorm ist demzufolge eine Verhaltensnorm.

Oftinger³ nennt als erhebliche Verhaltensnormen des Haftpflichtrechts das Verbot zu töten, die körperliche und seelische Integrität zu verletzen und den Besitz und das Eigentum zu beeinträchtigen. Diese Rechte sind

1 A. Frei, S. 96

2 K. Oftinger, Bd. I, S. 128

3 K. Oftinger, Bd. I, S. 130

absolute Rechte, währenddem das Vermögen nicht darunter subsumiert werden kann¹. Erst die Verletzung eines dieser absoluten Rechte legitimiert den Geschädigten zur Klage.

Zurückkommend auf die Verletzung des Eltern-Kind-Verhältnisses müssen wir feststellen, dass die Eltern bei einem allfälligen materiellen Nachteil aktivlegitimiert sind, da primär ihre seelische Integrität verletzt wird verbunden mit der Sekundärfolge eines Schadens.

Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung² ist der nämlichen Ansicht, indem sie betont, dass eine unbefugte Veröffentlichung sowohl eine Verletzung der Privatsphäre der einzelnen Mitglieder wie auch der Vereinigung selbst darstellen könne.

Absolute Rechte können sowohl urteilsunfähigen Personen wie auch juristischen Personen zukommen. Allerdings bildet ZGB 53 die Begrenzung, indem diejenigen Rechte, die von ihrer Art her nur den natürlichen Personen zukommen der juristischen Person vorenthalten sind. Nebst dem Anspruch auf Achtung der gesellschaftlichen und beruflichen Ehre der juristischen Person, hat sie auch eine Intim- oder Privatsphäre³. Ebenfalls sind die Personenverbände ohne juristische Persönlichkeit klageberechtigt.

E) Passivlegitimation

Derjenige, der den Schaden widerrechtlich und schuldhaft verursacht hat, ist passivlegitimiert. Solange nur eine Person ins Recht gefasst wird, wirft die Frage der Passivlegitimation keine Probleme auf. Fallen jedoch mehrere Verletzer in Betracht, so kann nebst der Haftung aus Verschulden noch die Haftung nach Gesetzesvorschrift und Vertrag ins Auge gefasst werden.

1 A. Frei, S. 97

2 BGE 97 II 106

3 BGE 95 II 488 / 97 II 100

1. Bei Verschuldenshaftung

Da das Verschulden eine Voraussetzung für die Belangbarkeit der Beklagten darstellt, ist bei der Prüfung der Passivlegitimation auf OR 50 abzustellen. Der Fall, in dem mehrere Personen unabhängig voneinander den Schaden bewirkt haben, fällt nicht in den Bereich von OR 50, sondern stellt ein Problem des adäquaten Kausalzusammenhanges dar.

OR 50 statuiert die Haftung Mehrerer, die den Schaden gemeinsam verschuldet haben. Es handelt sich bei OR 50 um eine spezielle Bestimmung der allgemeinen Verschuldenshaftung. Dies hat zur Folge, dass jeder Einzelne die Voraussetzungen der Schadenersatzklage erfüllen muss¹. Die beiden Voraussetzungen Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang sind bei gemeinsamer Verursachung notwendigerweise gleich. Eine Differenzierung bezüglich der Verursacher ist jedoch nur in bezug auf das Verschulden möglich. Wie bereits vorne aufgeführt wurde², besteht Verschulden aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Bei Vorsatz ergibt sich kein Problem bezüglich der Passivlegitimation. Liegt jedoch Fahrlässigkeit vor, so muss diese anhand der missachteten Sorgfaltspflichten der Verursacher konkretisiert werden³.

Gemäss OR 50 I haften diejenigen, die den Schaden widerrechtlich und gemeinsam verschuldet haben solidarisch, d.h., der Betroffene kann von jedem Verursacher den ganzen Schaden verlangen. Jeder Verursacher haftet für den ganzen Schaden, auch wenn er nur eine Teilursache gesetzt hat⁴.

OR 50 II regelt das Rückgriffsrecht unter den Beteiligten. Die Festsetzung des Rückgriffs liegt im Ermessen des Richters, wobei dieser den Umfang der Beteiligung sowie das Verschulden zu berücksichtigen hat⁵.

1 Statt vieler R. Schumacher, S. 240

2 Vgl. S. 42/96

3 Bezüglich Presse vgl. die aufgeführten Sorgfaltspflichten der Beteiligten bei Schumacher, S. 241 ff. Für Radio und Fernsehen umschreibt Riklin (S. 308 ff.) die Sorgfaltspflichten.

4 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 337

5 Oser N 10 zu OR 50

2. Bei Kausalhaftung

Nebst den aus Verschulden haftenden Verursachern besteht für den Geschädigten die Möglichkeit, aufgrund einzelner Bestimmungen über die Kausalhaftung (OR 55 und ZGB 55) noch weitere Personen ins Recht zu fassen.

a) Die Geschäftsherrenhaftung nach OR 55

Nach Art. 55 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt aufgewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

Die Hilfsperson muss den Schaden bei Ausübung einer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung verursachen¹, wobei ein Verschulden ihrerseits nicht erforderlich ist². Trifft die Hilfsperson jedoch ein Verschulden, so besteht die Möglichkeit, sie ebenfalls mit dem Geschäftsherrn ins Recht zu fassen. Die Beiden haften aus verschiedenen Rechtsgründen (unechte Solidarität).

Zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson muss ein sogenanntes Subordinationsverhältnis vorliegen³. Dieses Verhältnis ermöglicht dem Geschäftsherrn, Weisungen gegenüber der Hilfsperson zu erlassen⁴.

Kein Geschäftsherr ist jedoch diejenige Person, die aufgrund ihrer Vorgesetztenstelle Befehlsgewalt gegenüber der Hilfsperson besitzt. Geschäftsherr ist derjenige, der auf eigene Rechnung und nach eigenem Urteil

1 Statt vieler K. Otfinger, Bd. II / 1, S. 144 ff.

2 Oser N 18 zu OR 55; Becker N 8 zu OR 55

3 K. Otfinger, Bd. II / 1, S. 132: "Es genügt demnach, wenn eine irgendwie beschaffene, dauernde oder vorübergehende, Beziehung zwischen zwei Personen vorliegt, die es der einen, dem Geschäftsherrn, erlaubt, sich der andern, der Hilfsperson, für ihre Zwecke zu bedienen, wobei die zweite Person der ersteren untergeordnet ist."

4 Oser N 13 zu OR 55

tätig ist. Somit können alle selbständigen Unternehmer als Geschäftsherren bezeichnet werden¹.

Nicht nur eine natürliche, sondern auch eine juristische Person kann als Geschäftsherr auftreten. Neben den juristischen Personen des Privatrechts können auch solche des öffentlichen Rechts erscheinen. Das Problem der juristischen Person liegt in den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Geschäftsherrenhaftung und der Haftung für die Organe nach ZGB 55². Auf die Haftung der juristischen Personen für unerlaubte Handlungen ihrer Organe wird gleich anschliessend eingegangen werden.

Da der Geschäftsherr die Befehls- und Aufsichtsgewalt über die Hilfsperson besitzt, kann er eine Haftung nur dann abwenden, wenn er beweist, dass er die nach den Umständen gebotene Sorgfalt aufgewendet hat, um den Schaden zu verhüten. Die vom Geschäftsherrn geforderte Sorgfalt wird aufgeteilt in die cura in eligendo, in instruendo et in custodiendo, wobei der Geschäftsherr eigene Handlungen, die eine Schädigung bewirken können, zu unterlassen hat.

Kann der Geschäftsherr den Entlastungsbeweis nicht erbringen, so hat er für den Schaden einzustehen.

Ebenfalls von der Haftung kann er sich befreien, wenn er beweist, dass der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem schädigenden Verhalten der Hilfsperson durch höhere Gewalt, Selbstverschulden oder Drittverschulden unterbrochen wurde. Höhere Gewalt dürfte per definitionem auch hier ohne Bedeutung sein.

b) Haftung der juristischen Person für unerlaubte Handlungen ihrer Organe gemäss ZGB 55

Da die juristische Person, wie bereits ausgeführt, ebenfalls als Subjekt der Haftung auftreten kann, ist es notwendig abzuklären, ob die den Schaden verursachende natürliche Person als Hilfsperson oder als Organ zu

1 Statt vieler K. Otfinger, Bd. II / 1, S. 135

2 Statt vieler K. Otfinger, Bd. II / 1, S. 141 f

betrachten ist. Um diese Abgrenzung vornehmen zu können, ist es notwendig, den Begriff des Organs zu klären, da diejenige Person, die als Organ einer juristischen Person auftritt unmöglich auch Hilfsperson derselben sein kann¹. Organ ist, wer nach Gesetz, Statuten oder einem von diesen abgeleiteten Reglement zur Erfüllung korporativer oder stiftungsmässiger Aufgaben vorgesehen ist und wer auch tatsächlich die Aufgaben eines Organs in selbständiger Weise erfüllt².

Die juristische Person haftet für ihre Organe nur, wenn diese die Schädigung in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben³, analog zur Haftung des Geschäftsherrn, der für seine Hilfsperson auch nur dann haftet, wenn die Schädigung in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung erfolgte.

Gemäss ZGB 55 II haftet die juristische Person für die widerrechtlichen Handlungen ihrer Organe. Nebst Schaden, Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang ist jedoch auch ein Verschulden des Organs vorausgesetzt. Da jedoch das Verhalten des Organs als Verhalten der juristischen Person gilt, wird vom Verschulden der juristischen Person gesprochen. Da die Identität eine verschiedene ist, wird die Haftung nach ZGB 55 II als Kausalhaftung bezeichnet⁴.

Analog OR 55 II sieht ZGB 55 III die persönliche Verantwortlichkeit des Organs vor, d.h., dass sie allein oder solidarisch ins Recht gefasst wird⁵.

1 K. Otfinger, Bd. II / 1, S. 104

2 Statt vieler K. Otfinger, Bd. II / 1, S. 105

Wer als Organ im Bereich der Presse in Frage kommt, beschreibt Schumacher auf Seite 264.

Bei der SRG kommt gemäss Riklin (S. 334) nur der Generaldirektor in Betracht.

3 Egger N 19 zu ZGB 55

4 Statt vieler K. Otfinger, Bd. II / 1, S. 108

5 Egger N 22 zu ZGB 55

F) Vererblichkeit und Uebertragbarkeit

Der Schadenersatzanspruch ist ein reines Forderungsrecht, das der unbeschränkten Verfügbarkeit des Anspruchsberechtigten unterliegt. Sobald die Voraussetzungen erfüllt sind, hat man es mit einem Vermögensrecht zu tun, das aktiv und passiv vererbbar ist. Als vermögensrechtlicher Anspruch unterliegt die Schadenersatzforderung der unbeschränkten Verfügungsmacht des Berechtigten. Sind die Voraussetzungen erfüllt, so kann der Anspruch abgetreten werden.

G) Pfändbarkeit

Schadenersatzansprüche als Folge von Körperverletzung oder Gesundheitsstörung sind gemäss SchKG 92 Ziff. 10 unpfändbar.

H) Form

1. Geldersatz

Da der Schaden definitionsgemäss eine Vermögensverminderung darstellt, kann die Vermögenseinbusse mittels des Aequivalentes "Geld" ausgeglichen werden. Bei Verletzungen der persönlichen Verhältnisse, die einen Personenschaden zur Folge haben, steht kein anderer Ersatz als Geld zur Verfügung. Bewirkt die Verletzung der persönlichen Verhältnisse einen Sachschaden (Verlust des Hundes), so besteht noch die Möglichkeit der Wiedergutmachung in natura (Naturalrestitution).

2. Realersatz

Bei einer Verletzung der persönlichen Verhältnisse, die einen sonstigen Schaden zur Folge hat, wird oftmals noch die Urteils publikation als eine Art Naturalersatz angesehen¹. In Uebereinstimmung mit der bundesgericht-

1 K. Oftinger, Bd. I, S. 69 N 69

lichen Rechtsprechung¹ ist die Urteilspublikation jedoch als geeignetes Mittel zur Beseitigung des Störungszustandes anzusehen, mit der versucht wird, auf die entstandene falsche Meinung korrigierend einzuwirken². Keinesfalls ist sie eine Art Naturalersatz.

Schumacher³ betrachtet die Urteilspublikation als Realersatz, da sie dank ihrer propagandistischen Wirkung den Schaden ersetzen kann. Dieser Meinung kann jedoch nicht gefolgt werden, da die Urteilspublikation den herbeigeführten Zustand nur insoweit zu beseitigen vermag, als das falsche Gedankenbild bei den Empfängern gelöscht wird. Dass durch die Publikation die Vermögensverminderung aufgehoben wird, ist jedoch nicht schlüssig.

Nach meiner Meinung steht fest, dass die Urteilspublikation als spezielle Art der Beseitigung unter die Beseitigungsklage zu subsumieren ist⁴. Ihr möglicher Einfluss auf eine Vermögensverminderung ist rein sekundärer Natur. Sicherlich darf der Effekt der Urteilspublikation nicht vernachlässigt werden, doch ist er allenfalls in der Schadenersatzbemessung nach richterlichem Ermessen zu berücksichtigen.

Sowohl der Schadenersatz- wie auch der Beseitigungsanspruch bezwecken die Wiederherstellung desjenigen Zustandes, wie er vor dem schädigenden Ereignis bestand. Jedoch unterscheiden sich ihre Ausgangspunkte und Funktionen. Währenddem der Beseitigungsanspruch die Rechtsverletzung zu reparieren versucht, schafft der Schadenersatz einen Ausgleich für die Folge des Ereignisses⁵.

1 BGE 95 II 488 Erw. mit Hinweisen / 100 I 180 Erw. 6 / 104 II Erw. 2

2 Vgl. S. 128 ff.

3 R. Schumacher, S. 198

4 Gleicher Meinung ist Kummer (S. 108), Jäggi (S. 252 a) und Riklin (S. 372). Letzterer begründet seine Ansicht damit, dass Schadenersatz als terminus technicus eine Entreicherung des Beklagten zur Folge haben müsse. Die finanziellen Folgen der Beseitigung stehen nach seiner Ansicht nicht in einem direkten Zusammenhang mit einer Schadensverminderung, die faktisch eine Beseitigung bewirkt.

5 K. Fehr, S. 300

I) Bemessung

Gemäss OR 43 I wird die Höhe des Ersatzes (Geldersatz) durch den Richter bestimmt, der hiebei sowohl die besondern Umstände als auch die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat. Der Schadenersatz darf nie grösser als der festgestellte Schaden sein, da dies zu einer Bereicherung des Geschädigten führen würde¹.

Grundsätzlich ist der Schaden ganz zu ersetzen, wenn nicht eine Verteilung auf den Geschädigten und eventuell auf einen Dritten erfolgt.

Auch OR 44 I ist noch zu berücksichtigen, aufgrund dessen der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder wegfallen lassen kann, sofern der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat oder sofern Umstände, für die er eintreten muss auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen erschwert haben.

1. Die Schwere des Verschuldens als Bemessungsgrundlage

Die Schwere des Verschuldens ist das wichtigste Bemessungselement der Schadenersatzhöhe². Das Verschulden wirkt sich proportional auf die Schadenersatzpflicht aus. Schweres Verschulden soll zu vollem Ersatz führen, währenddem leichtes Verschulden eine Haftung nur für einen Teil des Schadens begründen kann³. In der Regel soll jedoch der Geschädigte vollen Ersatz beanspruchen können⁴. Wie bereits erwähnt wurde⁵, wirken sich die besondern Umstände direkt auf das Verschulden aus, das seinerseits wieder zu einer Reduktion des Schadenersatzes führen kann⁶.

In primärer Hinsicht spielt das Verschulden bei der Kausalhaftung keine Rolle. Kausalhaftung bedeutet ja gerade Entstehen müssen für den ganzen

1 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 261

2 R. Schumacher (S. 201) vor allem die in N 1 zitierte Literatur und Judikatur.

3 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 264

4 K. Oftinger, Bd. I, S. 264 vor allem die in N 10 zitierte Literatur.

5 Vgl. S. 61 ff.

6 In bezug auf die SRG vgl. Riklin, S. 374. Für die Presse Schumacher, S. 193 / 195 f / 201.

Schaden. Ein leichtes Verschulden bildet somit auch keinen Reduktionsgrund.

In sekundärer Hinsicht ist jedoch das Verschulden von Bedeutung, da ein überwiegendes Verschulden eine allfällige Reduktion wegen Selbstverschuldens zu eliminieren vermag¹.

2. Weitere Faktoren für die Bemessung

a) Selbstverschulden

Ist das Selbstverschulden nicht so stark, dass es den Kausalzusammenhang zu unterbrechen vermag, so bewirkt es eine entsprechende Herabsetzung der Schadenersatzpflicht sowohl bei der Verschuldens- wie auch bei der Kausalhaftung. Vorausgesetzt ist, dass das Selbstverschulden als adäquate Ursache auf die Entstehung oder auf die Verschlimmerung des Schadens eingewirkt hat. Eine Verschlimmerung des Schadens, für die der Geschädigte einzustehen hat, ist unter Umständen möglich, wenn er die nach OR 42 II geforderten Massnahmen unterlässt. Im Zusammenhang mit dieser Arbeit ist ein Selbstverschulden etwa dann anzunehmen, wenn bei einem Personenschaden die ärztliche Betreuung unterlassen wird oder wenn bei einem Sachschaden auf die notwendige Reparatur verzichtet wird oder wenn beim Vermögensschaden geeignete Schadenverringermassnahmen wie Gegendarstellung und Berichtigung unterlassen werden.

b) Wirtschaftliche Lage

OR 44 II ermöglicht es dem Richter, die Schadenersatzpflicht zu ermässigen, vorausgesetzt das Subjekt der Haftpflicht würde durch die zu erbringende Leistung in eine Notlage geraten. Weiter ist vorausgesetzt, dass nur leichte Fahrlässigkeit vorliegen darf². Die Beurteilung der Lage liegt

1 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 264 f

2 Vgl. dazu auch Oftinger, Bd. I, S. 271 f

im Ermessen des Richters, der nicht nur den "Ist"-Zustand zu berücksichtigen hat, sondern auch die zukünftige finanzielle Entwicklung des Schädigers. Aufgrund des materiellen Rechts entscheidet er über das Existenzminimum, das an sich in das Vollstreckungsrecht (SchKG 92 und 93) gehört¹. Nicht nur die wirtschaftliche Lage des Schädigers, sondern auch die des Geschädigten kann unter Umständen zu einer Reduktion führen².

Bei diesem Gedanken handelt es sich nach meiner Meinung um eine direkte Folge der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers. Dem armen Schädiger wird der reiche Geschädigte gegenübergestellt.

Nach der hier vertretenen Meinung darf die wirtschaftliche Situation nicht mehr als Reduktionsgrund wirken, da erstens einmal der Grundsatz der vollen Schadensdeckung besteht und zweitens das Selbstverschulden als Reduktionsgrund dieses Ziel bereits erreicht.

c) Weitere Umstände

Es ist nicht schlüssig, inwieweit andere Faktoren neben dem Verschulden (auch Selbstverschulden) und der wirtschaftlichen Lage die Grösse des Ersatzes zu beeinflussen vermögen, da es gemäss OR 43 I im Ermessen des Richters liegt "die Umstände" zu berücksichtigen.

Die nun folgende Zusammenstellung erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit und ist auch nicht als abschliessende Aufzählung gedacht, da im Zusammenhang mit den diese Arbeit betreffenden Tatbeständen immer neue Bemessungskriterien auftreten können.

Sicher muss die konstitutionelle Prädisposition³ berücksichtigt werden. Falls sich die Parteien bereits in einer Auseinandersetzung befinden, sind sie in psychischer Hinsicht bereits belastet⁴.

1 Gleicher Meinung ist Oftinger, Bd. I, S. 273

2 Vgl. dazu Oftinger, Bd. I, S. 273 N 54 und die dort aufgeführte Literatur.

3 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 280

4 F. Riklin, S. 396

Bei bereits eingetretenem Schaden versucht der Schädiger durch Berichtigungen die Stellung des Geschädigten zu verbessern¹.

Nebst sozialer Stellung² ist auch noch die Geldentwertung und Verzinsung³ (5% seit Eintritt des den Anspruch begründenden Ereignisses) in Betracht zu ziehen.

K) Vollstreckung und Verjährung

Bei Verletzung der persönlichen Verhältnisse lautet die Schadenersatzklage auf Zahlung einer Geldsumme. Somit untersteht die Vollstreckung den Normen des SchKG, die in diesem Zusammenhang nicht erläutert werden.

Gemäss OR 60 I verjährt der Anspruch auf Schadenersatz innerhalb eines Jahres von dem Tage an, wo Existenz, Art und Elemente des Schadens ausreichend bekannt sind⁴, jedenfalls aber mit dem Ablauf von 10 Jahren vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet⁵.

L) Kasuistik

Die nachstehend wiedergegebenen Fälle sollen helfen, die vorne erwähnten spezifischen Fragen zu ergänzen.

Beweis des Schadens:

- BIZR 34, 1935, Nr. 26, S. 26: "Den Schadenersatzanspruch verwarf die Vorinstanz mangels genügender Substantiierung. Der Kläger hatte sich mit der Behauptung begnügt, es seien ihm nach dem Erscheinen des eingeklagten Artikels und infolge desselben in Aussicht stehende Arbeitsaufträge ohne ersichtlichen Grund vorenthalten worden. Mit Recht erklärte die Vorin-

1 F. Riklin, S. 397 besonders N 3

2 Statt vieler K. Otfinger, Bd. I, S. 276

3 BGE 33 II 133 Erw. 7 / BGE 81 II 519

4 Statt vieler K. Otfinger, Bd. I, S. 221

5 Stark, ZSR 86 II S. 93 ff.

W. Schwander, Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Diss., Freiburg 1963

stanz, dass es nötig gewesen wäre zu sagen, was für Aufträge in Frage kamen, welche Objekte sie betrafen, welches Honorar dafür zu erwarten gewesen wäre, und wie hoch nun der Ausfall sei; ohne derartige Angaben sei der Nachweis eines Schadens nicht möglich."

- BIZR 68, 1969, Nr. 67, S. 184: "Art. 42 Abs. 2 OR gestattet zwar, dass der Richter den nicht zahlmässig nachweisbaren Schaden nach seinem Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abschätze. Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist aber, dass der Schaden nicht bestimmbar sei. Damit wird der Kläger verpflichtet, mindestens so weit, als es ihm möglich ist, die Grundlage für die Schadensberechnung zu liefern (Oser / Schönenberger N 9 zu Art. 42 OR). Es ist nicht Sache des Richters oder eines Experten oder gar der Gegenpartei, die tatsächlichen Grundlagen der Gewinnberechnung zu beschaffen. Bereits oben wurde dargelegt, dass dies dem Kläger selbst weitgehend möglich gewesen wäre. Da er dieser Pflicht zur Schadenssubstanziierung nicht nachgekommen ist, fehlt eine der Voraussetzungen zur Gutheissung der Klage auf Grund des Art. 41 OR. Auch wenn alle andern Voraussetzungen gegeben wären, könnte diese Klage nicht geschützt werden."
- BGE 60 II 121 ff.: Mittels eines Zirkulars, das an bestimmte Abnehmerfirmen zugestellt wurde, wurde einer Firma eine Patentverletzung vorgeworfen. Die Patentverletzung wurde jedoch vom Gericht verneint und es verurteilte die Verteiler zur Leistung von Schadenersatz (damals OR 48 heute UWG 1 ff.). In diesem Entscheid betonte das Bundesgericht, dass das richterliche Ermessen sich nicht nur auf den ziffermässig nicht nachweisbaren Schaden beschränke, sondern es liege auch im Ermessen des Richters das Vorhandensein des Schadens zu beurteilen.

Widerrechtlichkeit und adäquater Kausalzusammenhang:

- BGE 71 II 89: "Schadenersatz zielt ab auf die Ausgleichung des Interesses am Nichteintritt der schädigenden Tatsache. Auf das Vermögen bezogen ist also in Vergleichung zu setzen dessen Zustand infolge des Eintrittes des den Ersatz begründenden Ereignisses mit der Vermögenslage, die bestehen würde, wenn dieses Ereignis nicht eingetreten wäre."

- BGE 88 II 28: "Das Obergericht sieht die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Beklagten darin, dass er den Kläger in schwerwiegender Weise am Körper verletzt habe, ohne dass irgendwelche Rechtfertigungsgründe vorlägen. Damit stellt es auf die subjektive Theorie der Widerrechtlichkeit ab. Sie widerspricht indessen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die, auf dem Boden der objektiven Theorie stehend, ein schädigendes Verhalten dann als widerrechtlich ansieht, wenn es gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsprechung verstösst, die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen (BGE 30 II 571, 47 II 179, 55 II 334, 56 II 373, 75 II 212)."
- BGE 91 II 210: "Als adäquat hat nach der Rechtsprechung eine Ursache zu gelten, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens geeignet ist, den eingetretenen Erfolg herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolges durch jene Ursache allgemein als begünstigt erscheint."
- BGE 91 IV 119: "Adäquat ist die Ursache dann, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet war, einen solchen Erfolg herbeizuführen oder zu begünstigen."

Verschulden:

- BIZR 26, 1927, Nr. 114, S. 236: "Wenn ein Informationsbureau eine unwahre Tatsache verbreitet, so haftet es als Täter, sofern es sich nicht exkulpiert, d. h. sofern es nicht den Nachweis erbringt, dass es die Tatsache von einem Dritten mitgeteilt erhielt und ohne Verschulden für wahr annehmen durfte. Die Haftung eines Auskunftsbureaus wird also zu verneinen sein, wenn es nachzuweisen vermag, dass es bei der Auswahl und Instruktion seiner Gewährsmänner, von denen eine schädigende Auskunft stammt, mit aller erforderlichen Sorgfalt vorgegangen ist."
- BIZR 28, 1929, Nr. 103, S. 198: "Das Verschulden ist besonders gross, weil diese Vorwürfe vom Einsender erhoben wurden ohne den geringsten Beweis dafür, dass sie gegenüber der Klägerschaft gerechtfertigt seien, und weil sie vom Beklagten als Redaktor in das Fachblatt aufgenommen wurden, ohne dass er irgendwie eine Ueberprüfung der vom Verfasser

aufgestellten Behauptungen vorgenommen hätte. Von dieser Sorgfaltspflicht darf der Redaktor nicht entbunden werden, weil er sich sagen muss, dass durch die Angriffe in dem ihm anvertrauten Blatt die ökonomische Existenz des Angegriffenen in Frage gestellt, wenn nicht ruiniert werden kann. "

- BIZR 30, 1931, Nr. 54, S. 100: "Es kann nicht zweifelhaft sein, dass der Beklagte schuldhaft gehandelt hat. Er hat mit seiner Publikation zum mindesten grobfahrlässig gehandelt, indem er seinen Vorwurf und seine Herabsetzung der Ware der Klägerin offenbar ohne jede nähere Prüfung und damit zum mindesten höchst leichtfertig publiziert hat. "

S. 102 im selben Entscheid: "Zweifelloos ist richtig, dass der Geschädigte verpflichtet ist, auch seinerseits dafür besorgt zu sein, dass der ihm zugefügte Schaden möglichst eingedämmt werde. Er soll daher nicht Abwehrmassregeln ergreifen, deren Kosten zu dem eingetretenen bzw. noch zu erwartenden Schaden in keinem vernünftigen Verhältnis stehen. Auch soll er nicht zu kostspieligen Mitteln greifen, wenn einfachere Massnahmen denselben Erfolg erwarten lassen. Allein daraus kann nicht der Schluss gezogen werden, dass der Schädiger immer nur für den Schaden aufzukommen habe, der entstanden wäre, wenn der Geschädigte die unter den obwaltenden Umständen objektiv geeigneten Abwehrmassnahmen ergriffen hätte, d.h. es kann ein Geschädigter nicht dafür verantwortlich erklärt werden, dass er nicht oder nicht sofort auf das zweckmässigste Abwehrmittel verfiel. "

- BIZR 38, 1939, Nr. 14, S. 42: "Das Verschulden des Beklagten ist zu bejahen. Wenn man der Beklagten zubilligt, ihr gegen Treu und Glauben im Verkehr verstossendes Verhalten beruhe nicht auf Absicht, so liegt auf jeden Fall eine grobe Fahrlässigkeit vor. Bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte sich die Beklagte ohne weiteres sagen können, dass sie zum Erlass des die Klägerin notwendigerweise schädigenden Zeitungsartikels überhaupt nicht berechtigt sei; desgleichen hätten ihr bei der ihr zuzumutenden Sorgfalt die objektive Unrichtigkeit ihrer Aeusserungen und die Widerrechtlichkeit der Veröffentlichung längst überholter Tatsachen und Angriffe bewusst sein müssen (was näher begründet wird). "

- BIZR 62, 1963, Nr. 77: Schadenersatz in der Höhe von Fr. 9000.- für einen Schaden verursacht durch ein Rundschreiben, mit dem man absichtlich die Lieferquelle abschneiden wollte.
- BGE 71 II 193 f: "Eine unwahre Behauptung ist daher niemals rechtmässig. Wird sie in guter Treue erhoben, so entfällt nicht die Widerrechtlichkeit, sondern nur das Verschulden. Das ist zivilrechtlich von Bedeutung, weil der Schutz der Persönlichkeit in einem gewissen Umfang auch gegen bloss widerrechtliche, nicht nur gegen schuldhafte Störung gewährt wird." Vgl. dazu BGE 91 II 406.
- SJZ 73, S. 80: "Inwieweit Handlungen für die juristische Person dieser unmittelbar als eigene zuzurechnen sind, ist eine Frage des Personenrechts. Die hier umschriebene Handlungsfähigkeit der juristischen Person ist - wie diejenige der natürlichen Person - dem Schuldrecht vorgegeben, ein privatrechtssystematischer Tatbestand, welcher anlässlich der Revision des Obligationenrechts von 1911 mit der Angleichung der Art. 62 und 115 a OR (= Art. 55 und 101 OR) an die personenrechtlichen Bestimmungen des ZGB noch bekräftigt wurde (vgl. Oser, Zürcher Kommentar, 1.A. 1915, Bem. I, 4 zu OR 55 und Bem. I, 4 zu OR 55 und Bem. I, 1 a zu OR 101). Eine schuldrechtlichen Kriterien folgende Differenzierung des Organbegriffs wie sie die Minderheit befürwortet, ist demnach nur zulässig, wenn sie bereits im Personenrecht selbst angelegt ist. Das ist indessen nicht der Fall. Schon im Rahmen von Art. 75 des Entwurfes zum ZGB (= Art. 55 ZGB), welche dem Abschluss von Rechtsgeschäften noch das "Verhalten ausser Vertrag" gegenüberstellte, war es für Eugen Huber "selbstverständlich", dass auch vertragsverletzende Organhandlungen der juristischen Person direkt angelastet werden sollten (Erl. I, 83). Mit dem in Gesetz generelle Formulierung gewordenen Art. 55 ZGB ("sonstiges Verhalten") ist nun einer Unterscheidung zwischen vertragsverletzenden Handlungen und ausservertraglichen Schädigungen zum vorn herein jede gesetzliche Grundlage entzogen.

Die Ablehnung des unter ZGB 55 entwickelten funktionellen Organbegriffs im Bereiche des Vertragsrechts und die Einengung des die juristische Person unmittelbar verpflichtenden Personenkreises auf statutarische Organe ist auch materiell nicht begründet.

Wie bei der ausservertraglichen Schädigung kann die juristische Person auch bei der Vertragserfüllung als Trägerin eines Unternehmens auftreten, in welchem wesentliche Entscheidungsbefugnisse wahrgenommen werden, die nicht zugleich statutarisch bestellten Organen angehören. Diese Inkongruenz von gesellschaftlicher Binnenstruktur und nach aussen wirkender Unternehmensorganisation erlaubt es im Vertragsrecht so wenig wie im Haftpflichtrecht, auf einer formalen Legitimation als Grundlage organischen Handelns zu beharren. Hier wie dort drängt sich vielmehr eine den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung tragende Funktionalisierung des Organbegriffs auf."

Aktivlegitimation:

- BlZR 38, 1939, Nr. 146, S. 358: "Auch wenn die eingeklagte Aeusserung nicht auf den Kläger als solchen, sondern allgemein auf die Freigeldbewegung gerichtet ist, so wird fraglos damit der Träger dieser Lehre, der klagende Verband mit getroffen. Dies folgt aus der als "Reflexwirkung der Kollektiv-Ehrverletzung bezeichneten Erscheinung, dass bei der Beleidigung einer Personenvielheit regelmässig auch die einzelnen Personen mitverletzt werden (vgl. Brunschwig, Die Kollektiv-Ehrverletzung, Zürich 1937, S. 20 ff. und die dortigen Hinweise auf Schrifttum und Rechtsprechung)."
- BGE 95 II 503: "Uebrigens sind die Persönlichkeitsrechte grundsätzlich untrennbar mit der Person ihres Trägers verbunden. Gegenstand der Abtretung können nur die damit verbundenen Vermögensrechte (Schadenersatz - und allenfalls Genugtuungsansprüche) sein (BGE 84 II 573; Jäggi, S. 168 a; Grossen, S. 10 a; derselbe, Schweiz. Privatrecht, S. 357; Hafer, N 18 und 20; Egger, N 50 zu Art. 28 ZGB)."
- BGE 97 II 100: "Das Bundesgericht hat in BGE 95 II 488 Erw. 4 eingehend dargelegt, dass der allgemeine Persönlichkeitsschutz grundsätzlich auch den juristischen Personen zusteht (vgl. auch BGE 96 IV 148, wonach die juristischen Personen den strafrechtlichen Ehrenschatz beanspruchen können). Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person findet gemäss Art. 53 ZGB allerdings dort seine Grenze, wo die darin enthaltenen An-

sprüche Eigenschaften voraussetzen, die ihrem Wesen nach nur den natürlichen Personen zukommen. Das trifft für den Anspruch auf Schutz der Privatsphäre, um den es hier geht, aber nicht zu."

Passivlegitimation:

- BGE 95 II 106: "Die Mitwirkung des Klägers beim Hineintragen des Wand-schranks ist eine Mitursache des eingetretenen Körperschadens. Indem Pauli und Ernst Flückiger diese Mitwirkung duldeten und damit ihrer-seits eine Ursache des Schadens setzten, handelten sie im Sinne des Art. 55 OR in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen. Dass sie von der Weisung ihres Dienstherrn abwichen, wonach sie selber die Gegen-stände hätten in das Haus tragen sollen, ändert nichts."
- BGE 97 II 343: "Die beiden Beklagten haben den Schaden nicht im Sinne des Art. 50 OR gemeinsam verschuldet, sondern haften dem Kläger aus verschiedenen Rechtsgründen (Art. 51 OR). Dennoch kann an sich der Kläger von jedem Beklagten Ersatz des ganzen Schadens verlangen, bis dieser vollständig gedeckt ist (BGE 59 II 369). Das Verschulden des einen Verantwortlichen entlastet den andern dem Geschädigten gegenüber nur, wenn es den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verhalten des andern und dem Schaden als inadäquat erscheinen lässt oder wenn es soweit es das Verschulden des andern mildert (BGE 41 II 228, 55 II 88, 56 II 401 Erw. 5, 59 II 43/44, 368 f., 60 II 155, 64 II 307, 66 II 118 f., 89 II 123, 93 II 322)."
- S. 345: "Der Beklagte Schärer haftet aus Art. 55 OR, also kausal. Das Bundesgericht hat indessen schon im Urteil vom 20. Mai 1969 (BGE 95 II 93 f.) darauf hingewiesen, dass ein allfälliges Selbstverschulden des Klägers bei der Anwendung des Art. 44 Abs. 1 OR nicht dasselbe Ge-wicht hat, wenn den Beklagten ein Verschulden trifft (BGE 41 II 500, 88 II 135)."
- Praxis, Bd. 35, Nr. 168, S. 381: "Die Haftung aus OR 55 ist nicht Verschuldens- sondern Kausalhaftung. Der Geschäftsherr hat schlechthin den durch seine Arbeiter oder Angestellten verursachten Schaden zu ver-treten, sofern er nicht den ihm durch das Gesetz eingeräumten Sorgfalts-

beweis erbringt, welcher seinem Wesen nach ein bestimmt umschriebener und nach objektiven Kriterien zu würdigender Entlastungsbeweis, nicht ein Exkulpationsbeweis ist... Die Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn bezieht sich auf die Auswahl, die Instruktion und die Beaufsichtigung des Angestellten (*diligentia in eligendo, instruendo et custodiendo*)."

§ 5 DER BESEITIGUNGSANSPRUCH

A) Geschichtliche Entwicklung

Die Beseitigungsklage des Art. 28 Abs. 1 ZGB weist verwandschaftliche Züge mit der "actio negatoria" des Art. 641 ZGB auf¹.

Als Vorbild für diesen negatorischen Rechtsanspruch (ZGB 641) hat das System der negatorischen Klagen des römischen und später des gemeinen Rechts gedient².

Auf diese geschichtliche Entwicklung wird jedoch erst in Zusammenhang mit dem Unterlassungsanspruch eingegangen werden.

Vor allem die Entwicklung des Anspruches anhand der bundesgerichtlichen Rechtssprechung soll hier dargestellt werden, denn erst sie ermöglicht es, die Rechtsnatur des Anspruches herauszukristallisieren.

Während Jahrzehnten verlangte das Bundesgericht³ "eine zur Zeit der Klageerhebung noch bevorstehende oder noch fortdauernde Störung." Lag die Verletzung jedoch bereits in der Vergangenheit, so konnten nur noch die Ansprüche basierend auf ZGB 28 II zur Anwendung gelangen. Durch diese Betrachtungsweise wurde die Beseitigungsklage in eine Art Unterlassungsklage umgewandelt. Der Beseitigungsanspruch wurde dadurch zu einem präventiven Anspruch. Nebst der Verhinderung von drohenden Verletzungen sollte er auch bestehende und noch fortdauernde "Störungswirkungen" besei-

¹ G. Hohloch, S. 82

² K. Naef, S. 72 f

³ BGE 40 II 163 f / BGE 45 II 105 ff. / 48 II 13 ff. / 58 II 313 ff. / 68 II 136 ff. / 78 II 289 ff.

tigen. Mit der Beseitigungsklage konnte somit der Störer gezwungen werden, die störende Massnahme rückgängig zu machen¹. Egger² führt dazu treffende Beispiele an, wie Beseitigung des ausgestellten Bildes, Herausgabe der unbefugterweise gemachten Kopie und Widerruf der Boykottklärung.

Die Absicht des Bundesgerichtes war darauf ausgerichtet, die Störungsmassnahmen aus der Welt zu schaffen, um dadurch die "Quelle der Verletzung zu verstopfen"³. Ein Unterschied zwischen "Störung", "Störungshandlung" und "Störungswirkung" wurde dabei nicht gemacht, vorausgesetzt war nur, dass die Störung noch andauerte oder ihre Wiederholung drohte. Die Beseitigung von in der Vergangenheit liegenden Wirkungen war nur mittels Schadenersatz oder Genugtuung möglich. Das Bundesgericht⁴ begründete seine Ansicht damit, dass sowohl die Entstehungsgeschichte wie auch der Vergleich von Absatz 1 mit Absatz 2 in Verbindung mit OR 49 darauf hindeuten, dass ZGB 28 I auf abgeschlossene Störungen keine Anwendung finden könne. Ebenfalls in diesem wegweisenden Entscheid⁵ wurde die Frage aufgeworfen, ob mit der Beseitigung nicht eine "Naturalreparation" der Störung möglich sei. Das Gericht betonte jedoch, dass eine "Naturalreparation" aufgrund der Natur des verletzten Rechtsgutes gar nicht möglich sei. Eine eingetretene Verletzung könne nicht ungeschehen gemacht werden, sondern lediglich ihre Wirkungen könnten durch Zusprechung ideeller oder materieller Aequivalente ausgeglichen werden. Diese Rechtsfolgen jedoch gehörten nach Ansicht des Bundesgerichtes ausschliesslich zur Schadenersatz- und Genugtuungsklage, sofern die spezifischen Voraussetzungen gegeben waren.

Hohloch⁶ weist in seiner Arbeit darauf hin, dass diese Betrachtungsweise die Kritik des Schrifttums hervorgerufen hat. Vor allem die Entstehungsgeschichte erlaubt eine Verschmelzung der Unterlassungsklage mit der Feststellungsklage nicht. Eine terminologisch saubere Trennung hat Fehr⁷ mit

1 G. Hohloch, S. 83

2 Egger, N. 80 zu ZGB 28

3 Rötelmann, S. 390

4 BGE 48 II 17

5 BGE 48 II 19

6 G. Hohloch, S. 84

7 K. Fehr, S. 294

der folgenden Definition herausgearbeitet: "Ebenfalls sieht Art. 98 OR bei Verletzung vertraglicher Unterlassungsansprüche neben der Berechtigung zu Schadenersatz einen besonderen Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes vor. Auch Art. 29 ZGB nennt zum Schutz gegen künftige Namenrechtsverletzungen eine Unterlassungsklage im Gegensatz zum Beseitigungsanspruch des Art. 28. Die terminologische Unterscheidung hat ihren guten Grund.

Es handelt sich um zwei inhaltlich verschiedene Begriffe. Die Beseitigungsklage dient dem ausgleichenden, die Unterlassungsklage dem vorbeugenden Rechtsschutz. Die erstere ist rein reparativer Natur. Sie dient der Wiedergutmachung eines bereits erfolgten Eingriffes in das Persönlichkeitsrecht; die letztere dient der Abwehr künftiger Angriffe auf das geschützte Rechtsgut. Die Zielsetzung ist eine verschiedene. Der Beseitigungsanspruch verfolgt einen dem Schadenersatz verwandten Zweck; die Unterlassungsklage ist ein negatorischer Anspruch, der vom Erfolg der zu verhindernden Störungshandlung unabhängig ist."

Mit BGE 68 II 133 trat eine Änderung der Rechtsprechung ein. Im Zusammenhang mit einer ehrverletzenden Tatsachenbehauptung erklärte das Bundesgericht die Beseitigungsklage für zulässig mit der Begründung, dass im Bestand eines jedermann zugänglichen Druckwerkes eine Störungsursache liege, die, obwohl die Wirkung der Störung in der Vergangenheit liege, einen rechtswidrigen Zustand schaffe. Solange dieser Zustand bestehe, dauere auch die Störung, die fortwährend neue Störungswirkungen hervorzurufen vermöge. Verschieden nuancierte Urteile¹ führten schliesslich zum grundlegenden Entscheid 95 II 497: "Es sei allerdings fraglich, ob ein solcher Zustand herbeigeführt werden könne, wenn der Angriff in Tages- oder Wochenzeitungen erfolgt, welche der Veröffentlichung der Tagesneuigkeiten dienen und nach kurzer Zeit mangels Aktualität nicht mehr gelesen und in der Regel auch nicht aufbewahrt, sondern als Altmaterial verwendet werden. Indessen stellt, wie Jäggi (ZSR 1960 II S. 248 a / 249 a) zutreffend bemerkt, das Fortbestehen der Aeusserung (Zeitungs- oder Zeitschriftartikel,

1 BGE 80 II 122 / 91 II 409

Zeichnung) und des Aeusserungsträgers (Zeitung) allgemein einen eigenen Störungszustand dar, der es ermöglicht, das Geäusserte später aufs neue Dritten bekanntzumachen und das Ansehen des Verletzten neuerdings und bei weiteren Personen zu mindern. Auch verschwindet der Störungszustand nicht mit der Zeit von selbst; nur die relative Bedeutung der ehrverletzenden Aeusserung kann nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit fortschreitender Zeit abnehmen." Mit diesem Entscheid wurde die Beseitigungsklage endgültig konsolidiert.

B) Rechtsnatur

Wie die historische Entwicklung zeigt, hat die Beseitigungsklage erst in den letzten Jahrzehnten eine restituierende Funktion übernommen. Ueber den Inhalt der Klage bestehen jedoch noch weitgehend Meinungsverschiedenheiten. In Literatur und Praxis wird darauf hingewiesen, dass dies grossenteils darauf zurückzuführen ist, dass beim Begriff "Störung" des Art. 28 ZGB nicht zwischen Störungszustand und Störungs- oder Eingriffshandlung unterschieden wird¹. Riklin² wies im besondern auf die unbefriedigende Trennung der Beseitigungsklage gegenüber der Unterlassungsklage hin und stellte deshalb ein "5-Punkte-Programm" auf. Darin betonte er, dass beseitigen nicht identisch mit unterlassen oder beenden sei, da nur Eingriffsfolgen beseitigt werden könnten. Die Eingriffshandlungen jedoch könnten nur unterlassen oder beendet werden. Für die Richtigkeit seiner Annahme führte er Art. 2 UWG und 6 KG an, die nicht von einem Anspruch auf Beseitigung der Störung sprechen, sondern ausdrücklich von Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes. Beim Objekt der Beseitigung handelt es sich nach seiner Meinung infolgedessen um den Störungszustand. Anderer Meinung ist Merz³. Er betont, dass mit der Beseitigung des den Störungszustand hervorrufenden Objektes gleichzeitig die Eingriffsfolgen resp. der Störungszustand verschwinden. Nach seiner Ansicht ist das Objekt der Beseitigung die Störungsursache. Weder der einen noch der andern Meinung

1 F. Riklin, S. 336 vor allem die in N 3 zit. Autoren

2 Derselbe, S. 337

3 Th. Merz, S. 14

kann in vollem Umfange zugestimmt werden. Der Inhalt des Anspruchs auf Beseitigung soll dies etwas näher erläutern. In der älteren Rechtsprechung¹ richtete sich der Anspruch vor allem auf die Beseitigung der Ursachen, indem beispielsweise die Vernichtung eines Bildes oder eines Klischees² usw. angeordnet wurde. Mit der Aenderung der Rechtsprechung änderte sich notgedrungen ermassen auch der Inhalt der Beseitigungsklage. Ist ein Störungszustand durch eine widerrechtliche Presseäusserung entstanden, so kann keine Beseitigung der Ursache mehr erfolgen, da ein Rückruf der Zeitungen nicht möglich ist³. In flexibler Weise müssen nun andere Mittel zur Anwendung gelangen. Dies kann in Form von Urteils publikation⁴, Gegendarstellung⁵, Widerruf, Berichtigung⁶, Ehrenerklärung⁷, Abstandnahme usw. erfolgen. Je nach Objekt, das den Störungszustand hervorgerufen hat, richtet sich der Anspruch entweder auf die Beseitigung der Störungsursache oder des Störungszustandes.

Wichtig ist, dass die wiederherstellende Funktion der Beseitigungsklage - Aufhebung der durch die Verletzung der persönlichen Verhältnisse eingetretenen Verminderung - in den Vordergrund gestellt wird. Wird die Ursache beseitigt, so kann damit auch der Störungszustand beseitigt werden. Die Beseitigung des Störungszustandes bedeutet jedoch nicht eo ipso Beseitigung der Ursache. Letzten Endes ist es gleichgültig, "was" beseitigt wird, wichtig ist doch nur, "dass und wie" überhaupt beseitigt wird.

Aufgrund dieser Ausführungen gelangt man zu folgender Definition: Der Beseitigungsanspruch ist ein auf dem absoluten Recht der Persönlichkeit beruhender Anspruch, dessen Ziel die Aufhebung der durch die Verletzung bedingten Verminderung ist und der mit verschiedenen Mitteln zu diesem Ziel gelangen kann.

1 Vgl. S. 116 N 3

2 BGE 44 II 328 / SJZ 52, S. 111

3 Gl. M. R. Schumacher, S. 179

4 Vgl. S. 128 ff.

5 Vgl. S. 132 ff.

6 Vgl. S. 140 ff. / M. Reh binder, S. 93

7 BGE 45 II 109 / Vgl. S. 154

C) Voraussetzungen

1. Verletzung

Auf die Verletzung der persönlichen Verhältnisse braucht nicht mehr eingegangen zu werden¹. Wichtig ist in diesem Zusammenhang noch, dass die Verletzung hervorruhende Störung bevorsteht oder noch andauert².

2. Widerrechtlichkeit

Der Anspruch setzt Widerrechtlichkeit der Störung voraus.

3. Kausalzusammenhang

Die unbefugte Verletzung muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, die eingetretene Störung hervorzurufen.

4. Kein Verschulden

Auf seiten des Verletzers ist kein Verschulden erforderlich³. Somit spielt es keine Rolle, ob der Beklagte in entschuldbarem Irrtum oder in unzurechnungsfähigem Zustand gehandelt hat.

5. Weitere Voraussetzungen

a) Tatsächliche Möglichkeit der Beseitigung

Des weitern ist vorausgesetzt, dass die Störungsursache respektive der Störungszustand tatsächlich noch beseitigt werden kann⁴. Kommt man

1 Vgl. S. 2 ff.

2 Bezüglich der Erscheinungsformen bei der Presse vgl. Schumacher, S. 176 ff.

3 StenBull, 15 462 und 916

4 K. Fehr, S. 306; F. Riklin, S. 341

zurück auf das Beispiel der verbreiteten Zeitung, so stellt man fest, dass eine Beseitigung der Störungsursache praktisch nicht mehr möglich ist. Wohl aber kann der Störungszustand mit einer Berichtigung, Gegenerklärung usw. noch beseitigt werden. Riklin führt in seiner Darstellung¹ zwei Schemata auf, die die Möglichkeit der Beseitigung bei der SRG aufzeigen. Dazu ist noch aufzuführen, dass Riklin eine Dreiteilung der Störungszustände vornimmt².

Dazu ist folgendes zu sagen: Folgt man der in dieser Darstellung vertretenen Ansicht - Objekt der Beseitigung ist sowohl die Störungsursache wie auch der Störungszustand - so erübrigt sich eine solche Spezifizierung der Störungszustände, zumal durch die technische Entwicklung immer neue "Störungszustände" entstehen können und somit der Schutz der Persönlichkeit ständig verbessert werden muss. Als Beispiel dazu wird die "Televisions-Zeitung" aufgeführt, aufgrund derer jedermann der die dazu erforderliche technische Ausrüstung besitzt, eine Zusammenfassung (evtl. sogar Speicherung) von Meldungen über eine bestimmte Person oder einen bestimmten Personenkreis erlangen kann. Je nach technischer Ausgestaltung (Speicherung der Meldungen auf Papier in Minicomputern usw.) ist das System Riklin zum Scheitern verurteilt.

b) Beseitigungsinteresse

Vielfach wird von der Literatur in Anlehnung an die Voraussetzung des Feststellungsinteresses ein besonderes Beseitigungsinteresse gefordert³. Begründet wird diese Ansicht damit, dass durch Zeitablauf ein objektives Beseitigungsinteresse nicht mehr oder nicht mehr in diesem Umfange bestehe und somit eine Beseitigungsklage abgelehnt werden müsse⁴. Das Bundesgericht⁵ ist dieser Ansicht mit der Begründung entgegengetreten, dass es Sache des Klägers sei zu entscheiden, inwieweit in diesem Falle

1 F. Riklin, S. 343/344

2 Ein "visueller Störungszustand" und zwei "ideelle Störungszustände".

3 F. Riklin, S. 345

4 F. Riklin, S. 346

5 BGE 104 II 4

eine nachträgliche Veröffentlichung ihm schaden oder nützen könne. Das Bundesgericht stellt somit auf ein rein subjektives Interesse ab. Dies hat zur Folge, dass das Beseitigungsinteresse nicht als Anspruchsvoraussetzung gelten kann, sondern als spezifischer Teil der Aktivlegitimation zu werten ist.

D) Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist der Verletzte, d.h., diejenige Person, die als Träger von Persönlichkeitsgütern in einem Persönlichkeitsgut auf widerrechtliche Art und Weise verletzt wurde. Weiter muss die verletzte Person rechts- und parteifähig sein¹.

Darauf, dass die Person sich nicht in ihrer Individualität erschöpft und dass bei einer Verletzung auch die Beziehungen zur Umwelt verletzt werden können, braucht nicht mehr eingegangen zu werden².

Auch die Aktivlegitimation der juristischen Person und der Personenverbände ohne juristische Persönlichkeit kann bejaht werden (unter Berücksichtigung von ZGB 53).

Da jeder Rechtsschutz wesensgemäss ein Interessenschutz ist, bildet das Interesse eine Voraussetzung der Aktivlegitimation³. Bereits im Zusammenhang mit den Anspruchsvoraussetzungen ist auf das Beseitigungsinteresse hingewiesen worden.

Nebst den andern Voraussetzungen muss der Verletzte ein besonderes Interesse an der Beseitigung haben. Dieses Beseitigungsinteresse ist rein subjektiver Natur⁴, da der Kläger allein zu entscheiden hat, ob eine allfällige Gutheissung der Klage Schaden anrichtet oder ihm Nutzen bringt. Wegen der langen Zeitspanne, die zwischen Verletzung und Urteil liegen kann, darf aber das Beseitigungsinteresse nicht verneint werden. Eine

1 F. Riklin, S. 296; Th. Merz, S. 81; R. Schumacher, S. 227 ff.

2 Vgl. S. 49 ff.

3 R. Schumacher, S. 171

4 BGE 104 II 4

Negation des Interesses hätte ansonsten die Abweisung der **Klage** wegen fehlender Aktivlegitimation zur Folge.

Der Richter hat nicht nur das subjektive Beseitigungsinteresse zu würdigen, sondern er hat generell das Rechtsschutzinteresse zu prüfen¹. Währenddem das Beseitigungsinteresse das subjektive Moment darstellt, bildet das Rechtsschutzinteresse das objektive. Die passivlegitimierte Person kann bereits vor dem Urteil ihrer Beseitigungspflicht nachgekommen sein, indem von ihr beispielsweise bereits ein Widerruf publiziert wurde. Diesen Umstand hat der Richter zu berücksichtigen.

Auf der einen Seite haben wir die freiwillige Beseitigung in Form eines Widerrufs oder einer Gegendarstellung, währenddem sich auf der andern Seite das Interesse des Verletzten - völlige Beseitigung des falschenindrucks - befindet.

Im Grunde genommen nimmt der Richter eine Abwägung vor, nämlich: Er stellt das subjektive Beseitigungsinteresse dem objektiven Rechtsschutzinteresse gegenüber oder negativ gesagt, wird das Interesse des Verletzers - nicht verklagt zu werden - gegenüber dem Interesse des Verletzten abgewogen.

Ist der Verletzer seiner "vorjudiziarischen Beseitigungspflicht"² bereits nachgekommen, so kann die **Klage** wegen fehlendem Beseitigungsinteresse abgewiesen werden.

E) Passivlegitimation

Derjenige, der die widerrechtliche kausal adäquate Handlung in bezug auf die Störung setzte, ist passivlegitimiert³. Diese Umschreibung trifft absolut zu, da ein Verschulden nicht vorausgesetzt ist.

¹ F. Riklin, S. 346 f; M. Kummer, S. 110

² F. Riklin (S. 346), nennt diese Beseitigungspflicht "vorjudiziarische Beseitigungspflicht", die vom Zeitpunkt der deliktischen Handlung an besteht.

³ F. Riklin, S. 348 N 1 und dort zit. Lit.

Nach der Meinung Riklins¹ ist diese Definition viel zu eng, da nur derjenige Tatbestand erfasst werde, wo sich jemand widerrechtlich über eine dritte Person äussere. Er weist darauf hin, dass bei Radio, Fernsehen und Presse viele Personen widerrechtliche kausaladäquate Handlungen in bezug auf die Störung setzen, ohne deshalb mit der Beseitigungsklage belangt werden zu können. Als Beispiel führt er den Sendetechniker an, der auftragsgemäss ein ihm unbekanntes Tonband laufen lässt, das eine unwahre Tatsachenbehauptung enthält. Dieses Verhalten bezeichnet er als widerrechtliche Handlung. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Gemäss OR 41 bedeutet Widerrechtlichkeit ein Verstoss gegen eine Rechtsnorm, die direkt oder indirekt eine Schädigung untersagt². Man schreibt dem Rechtsgenossen somit ein bestimmtes Verhalten vor. Wie bereits erwähnt³, gelten nebst dem Verbot zu töten und dem Verbot die körperliche und seelische Integrität zu verletzen auch das Verbot der Beeinträchtigung des Besitzes und des Eigentums als erhebliche Verhaltensnormen des Haftpflichtrechts. Zurückkommend auf das Beispiel des Fernsehetechnikers müssen wir feststellen, dass er ja gar nicht widerrechtlich gehandelt hat. Widerrechtlich handelt nur derjenige, der gegen eine Verhaltensnorm verstösst. Um jedoch gegen eine Verhaltensnorm verstossen zu können, muss erst einmal die Möglichkeit gegeben sein, auf die Äusserung einen Einfluss auszuüben, sei es bezüglich Inhalt, Form oder Herausgabe⁴, welche allein das Ansehen des Klägers herabzusetzen vermögen. Ist das nicht möglich, so kann gar nicht widerrechtlich gehandelt werden.

Sowohl auf die Passivlegitimation des Geschäftsherrn und seiner Hilfsperson wie die eines Organs einer juristischen Person braucht nicht mehr eingegangen zu werden⁵.

Da ein Verschulden nicht vorausgesetzt ist, kann folgendes gesagt werden: Passivlegitimiert sind: natürliche (urteilsfähige) Personen, urteilsunfähige Personen, Personen, die in entschuldbarem Irrtum handeln⁶, juristische Personen und Personenverbände ohne juristische Persönlichkeit.

1 F. Riklin, S. 348

2 K. Otfinger, Bd. I, S. 128

3 Vgl. S. 98

4 Gleicher Meinung F. Riklin, S. 348

5 Vgl. S. 101 ff.

6 Egger N 79 zu ZGB 28

F) Vererblichkeit und Uebertragbarkeit

Hafter¹ ist der Ansicht, dass die Beseitigungsklage weder aktiv noch passiv vererblich sei, da sie höchstpersönliche, nicht übertragbare Beziehungen zum Gegenstand habe. Egger² dagegen vertritt die Meinung, dass die Klagen aus ZGB 28 auf der Passivseite ohne weiteres vererblich seien.

Um über Vererblichkeit und Uebertragbarkeit entscheiden zu können, muss auf die Rechtsnatur des Anspruchs eingegangen werden. Aufgrund des verletzten Gutes kann davon ausgegangen werden, dass es sich beim Beseitigungsanspruch um ein höchstpersönliches Recht handelt. Dies hätte zur Folge, dass der Anspruch unveräusserlich, unvererblich und unübertragbar wäre. Bereits eingangs wurde darauf hingewiesen, dass darüber unterschiedliche Meinungen bestehen. Es soll nun nachfolgend untersucht werden, inwieweit diesen Ansichten zugestimmt, respektive inwieweit sie abgelehnt werden müssen.

1. Vererblichkeit auf der Aktivseite

Sind die Voraussetzungen der Beseitigungsklage erfüllt, so ergeben sich in bezug auf den Kläger drei Möglichkeiten:

- a) Der Kläger verzichtet darauf, den Anspruch geltend zu machen. Dazu sind keine näheren Ausführungen notwendig.
- b) Der Kläger macht die Klage anhängig, stirbt jedoch kurz darauf, oder
- c) der Kläger stirbt, bevor er die Klage geltend machen konnte.

Zu b): Stimmt man der Ansicht zu, dass es sich beim Beseitigungsanspruch um ein Persönlichkeitsrecht handelt, so führt der Tod zum logischen Untergang des Anspruchs. Der Prozess wird gegenstandslos. Eine stattgefundene Ansehensminderung kann demzufolge nicht mehr beseitigt werden. Die Ansehensminderung selbst überdauert jedoch den Tod des Klägers, denn sie lebt in den Köpfen der Mitmenschen weiter. Währenddem die Vermögensrechte auf die Rechtsnachfolger übergehen, geht der Beseitigungsan-

1 Hafter N 18 zu ZGB 28

2 Egger N 74 zu ZGB 28

spruch unter. Dass diese Rechtslage nicht befriedigt, wurde schon im Rahmen der Aktivlegitimation dargestellt¹.

Durch den Uebergang der Vermögensrechte auf die Erben kann die Ansehensminderung auf sie reflektieren und sie zu direkt Betroffenen machen. De jure handelt es sich um ihren eigenen Beseitigungsanspruch, den sie weiterverfolgen, da der ursprüngliche Anspruch nicht durch Erbfolge auf sie übergegangen ist; de facto jedoch führen sie den vom ursprünglichen Kläger erhobenen Prozess fort. Wir haben somit einen der Legalsukzession ähnlichen Zustand vor uns².

In einem kürzlich ergangenen Urteil³ führte das Bundesgericht dazu aus, dass die Rechtsverfolgung übermässig erschwert werden würde, wenn man den Angehörigen zumuten würde, einen neuen Prozess einzuleiten, zumal sich ihr Beseitigungsanspruch inhaltlich mit jenem des Verstorbenen deckt. Die Verwirklichung des materiellen Rechts gebiete, die Weiterführung des Prozesses zu gestatten.

Zu c): Stirbt der Betroffene bevor er die Klage anhängig machen konnte, so können die Rechtsnachfolger aus eigenem Recht klagen, sofern sie in ihren persönlichen Verhältnissen gestört sind.

2. Vererblichkeit auf der Passivseite

Der Meinung von Egger - Vererblichkeit der Ansprüche von ZGB 28 auf der Passivseite - ist zuzustimmen, denn auch nach dem Tode oder der Auflösung des/der Beklagten kann die Störungsursache bzw. der Störungszustand weiterbestehen. Die Pflicht das eine oder das andere zu beseitigen, ist nicht höchstpersönlicher Natur wie der Anspruch, obwohl der Ausgangspunkt der gleiche ist. Die klägerische Partei trachtet nach Beseitigung. Diese Leistung ist bei erfüllten Voraussetzungen zu erbringen, sei es nun vom Beklagten oder seinem Rechtsnachfolger. Die Beseitigungspflicht ist somit passiv vererbbar⁴.

1 Vgl. S. 50 f

2 Vgl. dazu ausführlich Riklin, S. 300 ff.

3 BGE 104 II 236

4 Gl. Meinung Th. Merz, S. 72

3. Uebertragbarkeit

Der Beseitigungsanspruch hat Beziehungen zum Gegenstand, die nicht übertragbar sind.

G) Pfändbarkeit

Da es sich beim Beseitigungsanspruch nicht um einen Vermögensgegenstand handelt, stellt sich die Frage der Pfändbarkeit nicht.

H) Form

1. Urteilspublikation

a) Rechtsnatur der Urteilspublikation

Die Ansichten über die Urteilsveröffentlichung sind in Literatur und Praxis kontrovers¹. Bald betrachtet man sie als andere Art der Genugtuung nach OR 49 II bald als Schadenersatz² oder als Mittel zur Beseitigung des Störungszustandes³.

In dieser Darstellung wurde bereits darauf hingewiesen, dass es sich bei der Urteilspublikation weder um eine andere Art der Genugtuung noch um Schadenersatz handelt. Der Zusammenhang zwischen Urteilsveröffentlichung und Beseitigung der Störungsursache respektive des Störungszustandes ist offensichtlich. Beide dienen der Beseitigung.

Somit ist dargelegt, dass die Urteilspublikation zum Beseitigungsanspruch gehört⁴. Währenddem Jäggi⁵ in der Urteilspublikation eine Zwangsvollstreckungsmassnahme sieht, neigt Riklin⁶ zur Ansicht, dass es sich um einen

1 Vgl. dazu Ausführungen von P. Jäggi, S. 251 a f

2 R. Schumacher, S. 198 f

3 BGE 95 II 499 f Erw. 10 mit Hinweisen / 100 II 180 Erw. 6 / 104 II 2 Erw. 4a

4 Gl. M. Riklin, S. 424 und die in N 1 zit. Autoren

5 P. Jäggi, S. 251 a f

6 F. Riklin, S. 424 f

materiellen Beseitigungsanspruch (andere Art der Beseitigung) handelt. In Anlehnung an die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung¹ scheint mir die materiell rechtliche Ansicht Riklins die richtige zu sein.

Im Falle einer Persönlichkeitsverletzung hat der Richter von Bundesrechtswegen festzustellen, welches das geeignete Mittel ist, um die Folgen der Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände entscheidet der Richter nach freiem Ermessen über die Art der Beseitigung.

Da es sich bei der Urteilsveröffentlichung um eine spezielle Art des Beseitigungsanspruchs handelt, ist sie an genau dieselben Voraussetzungen gebunden. Auch bezüglich Aktiv- und Passivlegitimation besteht kein Unterschied. Das Beseitigungsinteresse als Voraussetzung der Aktivlegitimation erscheint als Urteilspublikationsinteresse².

b) Hat der Verletzte ein Recht auf Veröffentlichung?

Die Antwort folgt aus den vorstehenden (a) Darlegungen: Sind die Voraussetzungen erfüllt und erscheint die Urteilspublikation als geeignetes Mittel zur Beseitigung der Folgen der Persönlichkeitsverletzung, so hat der Verletzte einen Anspruch auf Veröffentlichung.

c) Inhalt und Umfang der Veröffentlichung

Wenn wir uns nochmals den Zweck des Beseitigungsanspruchs vor Augen führen, so lässt dies einen Schluss auf den Inhalt des zu veröffentlichenden

1 BGE 104 II 3: "Diese Betrachtungsweise wird dem Wesen der Urteilsveröffentlichung nicht völlig gerecht. Bei dieser handelt es sich nicht bloss um eine Vollstreckungsmassnahme. Wo nämlich eine unrichtige Vorstellung oder - wie Kummer sich ausdrückt - ein falsches Gedankenbild bei einer unbekannten Zahl von Dritten nur durch Publikation eine Berichtigung in der Presse - wenigstens annäherungsweise - beseitigt werden kann, muss der bundesrechtlich gewährleistete Beseitigungsanspruch vernünftigerweise auch den Anspruch auf Urteilspublikation mitumfassen (Lit. -hinweise)."

2 Vgl. dazu den von Riklin (S. 420 N 2) zitierten Entscheid (SJZ 55 1959) 58, wo das Urteilspublikationsinteresse abgelehnt wurde.

Urteils zu. Die Korrektur des bei den Mitmenschen entstandenen "falschen Gedankenbildes"¹ erfolgt im Dispositiv des Urteils, in welchem entweder festgestellt wird, dass die behaupteten Tatsachen unwahr oder die Aeusserrungen des Beklagten widerrechtlich sind². Die Urteilsbegründung³ und die eventuelle Verurteilung des Verletzers zu Schadenersatz oder Genugtuung⁴ dürfen nicht veröffentlicht werden. Auch soll durch die Veröffentlichung nicht der Eindruck entstehen, dass der Verletzer schuldhaft gehandelt hat⁵.

Die Urteilspublikation hat in einem angemessenen Verhältnis zum Veröffentlichungsmittel zu stehen⁶. Sie soll denjenigen Personen zur Kenntnis gebracht werden, die auch Kenntnis von der widerrechtlichen Aeusserrung hatten⁷. Grundsätzlich kommt das Tatinstrument als Veröffentlichungsmittel in Frage⁸. Es ist Sache des Richters zu bestimmen, inwieweit andere Veröffentlichungsmittel geeignet sind, das Urteil zu publizieren. Die Art der Veröffentlichung ist im Urteil zu bestimmen⁹.

d) Verhältnis der Urteilspublikation zum Grundsatz der Öffentlichkeit und der daraus resultierenden Prozessberichterstattung

In einem erst kürzlich ergangenen Urteil¹⁰ stellt das Bundesgericht fest, dass die Berichterstattung über einen Prozess einen nicht zu unterschätzenden Einfluss ausübt. Vor allem die Straftäter fürchten nach Ansicht des Gerichtes die Auswirkungen der Zeitungsberichte mehr als das Urteil selber.

Ist die Urteilsberatung öffentlich, so kann im Gegensatz zur Urteilspublikation das ganze Urteil samt Begründung veröffentlicht werden. Es besteht

1 M. Kummer, S. 106

2 P. Jäggi, S. 251 a

3 P. Jäggi, S. 253 a

4 F. Riklin, S. 427

5 R. Schumacher, S. 179

6 BlZR 34, 1935, Nr. 26, S. 71

7 R. Schumacher, S. 199

8 Für die Presse vgl. Schumacher S. 199

für Radio und Fernsehen vgl. Riklin S. 427

9 F. Riklin, S. 428

10 BGE 104 II 4

die Möglichkeit, dass dadurch die Beseitigung besser und rascher erfolgt als durch die Publikation selbst. Die Prozessberichterstattung bezieht sich nicht nur auf die klägerische Seite, sondern der Tatbestand der Verletzung kommt nochmals zur Sprache. Auf der einen Seite wird der Tatbestand, der zur Verletzung geführt hat öffentlich dargelegt, auf der andern Seite wird das gesamte Urteil publiziert. Für den Verletzten stellt somit die private Publikation einen Ausgleich für die "nochmalige" Verletzung dar.

Werden die Interessen eines Beteiligten zu sehr tangiert, so besteht die Möglichkeit, die Öffentlichkeit und damit die private Prozessberichterstattung auszuschliessen.

Mit der Prozessberichterstattung als prozessrechtliches Institut darf nicht an das materielle Recht herangetreten werden, da dies auslegungstechnisch kaum angeht.

Jäggi¹ ist gleicher Meinung jedoch aufgrund einer andern Begründung. Nach seiner Ansicht ist die Urteilsveröffentlichung so auszubilden, wie wenn es keine Prozessberichterstattung geben würde, da die Veröffentlichung durch ihren amtlichen Charakter viel den grössern Eindruck erwecken kann als die private Berichterstattung.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Prozessberichterstattung als prozessrechtliches Institut nicht gegenüber der Urteilspublikation als materiellrechtlicher Anspruch abgewogen werden darf. Die private Prozessberichterstattung bildet für den Richter lediglich ein Indiz für das Beseitigungsinteresse².

1 P. Jäggi, S. 254 a N 40

2 BGE 104 II 4 f: "Viele Straftäter fürchten die Auswirkungen der Zeitungsberichte über ihren Strafprozess mehr als das Urteil selber. Das Interesse an der öffentlichen Richtigstellung falscher Darstellungen darf ihnen deshalb auch dann nicht abgesprochen werden, wenn das Erscheinen des Berichts schon lange zurückliegt und sich der anzutreffende Eindruck nur auf eine Einzelheit bezieht, die am Gesamtgewicht der beurteilten Verfehlungen nicht viel zu ändern vermag. Es kann nie ausgeschlossen werden, dass sich ein durch die Presse verbreiteter unrechtmässiger Vorwurf erst viel später einmal negativ auswirkt. Das aus dem Persönlichkeitsrecht fliessende Interesse des strafrechtlich Verurteilten an der öffentlichen Richtigstellung nicht wahrheitsgemässer Zei-

2. Der Anspruch auf Gegendarstellung

a) Rechtslage

Unter dem Anspruch auf Gegendarstellung¹ versteht man das Recht des Einzelnen, der in einem Medium erwähnt wurde, von der Sendegesellschaft oder vom Herausgeber der Zeitung zu verlangen, dass eine von ihm verfasste Gegenerklärung gesendet respektive gedruckt werde². Dieser Anspruch auf Gegendarstellung ist jedoch der positiven schweizerischen Rechtsordnung unbekannt³.

Währenddem auf der einen Seite die Verfassungsmässigkeit der Anordnung der Publikation einer Gegendarstellung bestritten wird⁴, betont die andere Seite der Wissenschaft, dass dem Verletzten ein Anspruch auf sofortige Entgegnung, in der Form einer Gegendarstellung zugestanden werden müsse, damit der Beseitigungsanspruch durch Zeitablauf nicht seiner Wirkung beraubt werde⁵. Der Anspruch auf Gegendarstellung wird also aus dem Beseitigungsanspruch abgeleitet, dessen Zweck, wie ausgeführt, in der Wiederherstellung des Zustandes liegt, wie er vor der verletzenden Handlung bestanden hat. Der Unterschied gegenüber einer andern Art der Beseitigung liegt darin, dass die Gegendarstellung eine Beseitigung durch den Betroffenen darstellt, währenddem beispielsweise der Widerruf eine Beseitigung durch den Eingreifer ist. In der Literatur⁶ wird darauf hingewiesen, dass eine Gegendarstellung einerseits einen den Beklagten weniger belastenden Rechtsbehelf darstelle und andererseits die Störungsursache respektive den Zustand weniger wirksam zu beseitigen vermöge, da einer Erklärung des Betroffenen weniger Gewicht zukomme als derjenigen des Verursachers. Dazu ist folgendes zu sagen: Wird der Beklagte verpflichtet, eine Gegendarstellung zu drucken oder zu senden, so stellt diese Verpflichtung einen

tungsberichte verdient auch nach Jahren den Vorrang gegenüber dem Interesse des Berichterstatters, dass eine öffentliche Richtigstellung der falschen Darstellung unterbleibe."

1 R. Schumacher, S. 218 ff. spricht von Antwoortsrecht

2 R. Schumacher, S. 218

3 Antwoortsrecht besteht in den Kantonen Tessin und Waadt

4 R. Schumacher, S. 220 ff.

5 P. Jäggi, S. 254 a ff.; H. Merz, S. 91/92; M. Kummer, S. 111

6 P. Jäggi, S. 255 a f

nicht zu unterschätzenden Eingriff in seine persönliche Verfügungsfreiheit dar. Der Unterschied zum Widerruf besteht einzig darin, dass der Verursacher nicht selber berichtigt¹.

Das zur "Verfügung-Stellen" des die Verletzung verursachenden Mittels stellt in beiden Fällen die gleiche Beschränkung dar. Die Wirkung dieser Gegendarstellung darf jedoch nicht überschätzt werden. Sie stellt nur eine Erwiderung auf die verletzende Äußerung dar. Durch ihren "nicht-amtlichen" Charakter vermag sie die Störung nicht in vollem Umfange zu beseitigen, obwohl mit dem Beseitigungsanspruch grundsätzlich eine vollständige Beseitigung erreicht werden sollte. D.h., dass bezüglich der Wirkung dem Anspruch auf Gegendarstellung eine sekundäre Stellung zukommt. Eine primäre Stellung nimmt der Anspruch erst in dem Augenblick ein, wo durch ihn eine vollständige Beseitigung der Störung bewirkt werden kann².

Aufgrund dieser Ausführungen wird ersichtlich, dass der Anspruch auf Gegendarstellung den Verursacher ebenfalls, wenn auch nicht in gleicher Art und Weise wie beispielsweise ein Widerruf oder eine Urteilspublikation belastet. Deshalb muss der Anspruch auf Gegendarstellung an die gleichen Voraussetzungen geknüpft sein wie z.B. die Urteilspublikation.

Anknüpfend an den Gedanken der geringen Belastung des Verursachers durch die Publikation einer Gegendarstellung wird von den Vertretern dieser Ansicht ins Feld geführt, dass durch die Zeitspanne zwischen Verletzung und Urteil der Anspruch nicht seiner Wirkung beraubt werden darf. Durch die Fülle von Informationen, denen wir jeden Tag ausgesetzt sind, verbunden mit der Raschheit der Abläufe "gerät" eine Verletzung der Persönlichkeit ziemlich rasch in Vergessenheit vor allem bei der Mehrzahl der Leser oder der Zuschauer, die in keiner Beziehung zum Verletzten stehen.

Beim ändern Personenkreis bleibt diese Verletzung mit Bestimmtheit sehr lange Zeit haften, und somit entfaltet die Verletzung auch noch nach einer unbestimmten Zeit ihre Wirkung³.

1 Gl. M. F. Riklin, S. 429

2 F. Riklin, S. 429

3 A. Lüchinger, S. 327 ff.

Es kann mit Sicherheit angenommen werden, dass dieser Zustand vom Verletzten so schnell als möglich beseitigt und berichtigt werden will. Vergleicht man anhand der Rechtsprechung, wieviel Zeit verstreicht auf dem ordentlichen Prozessweg, bis es zu einer Berichtigung in Form eines Widerrufs kommt, so kann von einer Verhältnismässigkeit in keiner Art mehr gesprochen werden¹.

Diese Zeitunverhältnismässigkeit ist vor allem darauf zurückzuführen, dass zuerst die Widerrechtlichkeit festgestellt werden muss mit anschliessender Verurteilung zur Publikation eines entsprechenden Widerrufs. Der Fall muss materiell vollkommen geklärt werden, was logischerweise einfach eine ordentliche Prozessdauer voraussetzt. Eine Zeitverkürzung ist nur dann zu erwarten, wenn schon im summarischen Verfahren die Liquidität der Widerrechtlichkeit feststeht oder beinahe feststeht².

Im summarischen Verfahren, das zur schnellen Handhabung klarer Rechtsverhältnisse und zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils dient, kann der Richter vorsorgliche Massnahmen treffen (§ 110 ZPO ZH).

Der Richter stützt sich dabei nicht auf formelle Beweisergebnisse, sondern es genügt ein Glaubhaftmachen des klägerischen Ansprechers. Im Falle besonderer Dringlichkeit steht es im Ermessen des Richters, eine superprovisorische Verfügung zu treffen, ohne vorhergehende Anhörung der beklagten Partei. Es liegt dann auch im Ermessen des Richters, die geeignete Massnahme zu treffen.

-
- 1 BGE 100 II 177: Verletzung des Persönlichkeitsrechtes durch einen Presseartikel am 24. Dezember 1970.
Das Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichtes erging am 11. Juli 1974. Zeit: beinahe 3 1/2 Jahre.
BGE 103 II 161: Verletzung in den persönlichen Verhältnissen durch eine unrichtige Behauptung in einem Presseartikel im Januar 1974. In diesem Falle erging das Urteil der II. Zivilabteilung des Bundesgerichtes am 3. Juni 1977. Zeit: Auch beinahe wieder 3 1/2 Jahre.
- 2 P. Jäggi, S. 254 a ff.; H. Merz, S. 91 f; M. Kummer, S. 111

Dies kann z. B. die Anordnung der Publikation einer Gegendarstellung sein, wie sie der Audienzrichter des Bezirksgerichtes Zürich im Falle "Rey" c. "Tat" verfügt hat¹.

Die Zeitverhältnisse in diesem Falle sind frappierend. Der Artikel erschien in der "Tat" am 30. Juli. Die Gegendarstellung wurde am 9. August in der nämlichen Zeitung abgedruckt.

Form, Inhalt und Umfang unterliegen natürlich der Kontrolle durch den Richter, der ein unangemessenes Gegendarstellungsbegehren zurückzuweisen hat. Der Kläger seinerseits kann nicht eine subjektive Gegendarstellung verlangen, die ihrerseits eventuell falsch sein kann, und die vom Gericht nicht überprüft worden ist². Die Grenze der einstweiligen Verfügung liegt darin, dass sie die Rechte der Prozessparteien für den Hauptprozess nicht präjudizieren darf, indem z. B. eine dem Hauptprozess vorbehaltene Kognition vorgenommen wird. Es ist Sache des Hauptprozesses, die Ehre und das Ansehen wiederherzustellen, eine Störung zu beseitigen und den entstandenen Schaden auszugleichen. Die einstweilige Verfügung ist nur für den einstweiligen Schutz des Verletzten bestimmt, wobei, wie schon erwähnt, dieser einstweilige Schutz darin bestehen kann, dass der Verletzer angehalten wird, eine Gegendarstellung zu publizieren. Das "Recht auf sofortige Antwort" wird dem Verletzten somit verschafft. Weiter darf der Rahmen der einstweiligen Verfügung keinesfalls gespannt werden, da wir es ansonsten mit einer Präjudizierung des Hauptprozesses zu tun hätten³.

1 Superprovisorische Verfügung vom 5. August 1977 i. S. Werner Rey contra Tat durch den Audienzrichter am Bezirksgericht Zürich. Der Präsident des OG Zürich, Willy Hochuli, bezeichnete dieses Urteil als "juristisch nicht haltbar". Hochuli begründete seine Rüge damit, dass eine Gegendarstellung nach seiner Meinung nur in liquiden Fällen möglich sei. Sowohl eine rechtliche, wie auch eine tatsächliche Klarheit wären von Nöten, um im summarischen Verfahren eine Gegendarstellung verfügen zu können. Eine Glaubhaftmachung könne in keinem Falle genügen (Tages-Anzeiger vom 31. August 1978, S. 24).

2 Der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich hat den Gegendarstellungsanspruch des "Tages-Anzeiger"-Redaktors (Dr. K. Wespi) gegen den "Züri-Leu" abgelehnt, bei voller Liquidität der Widerrechtlichkeit, weil der Anspruch auf Gegendarstellung der Ueberprüfung durch den Richter entzogen war. Vgl. NZZ vom 21. 5. 78.

3 ZBJV 111, 1975, S. 118 ff.

Soweit jedoch der Gegendarstellungsanspruch aus ZGB 28 abgeleitet wird, vermag er nur dem unbefugt Verletzten einen Schutzanspruch zu gewähren. D.h., dass die Widerrechtlichkeit der Verletzung vorgängig festgestellt werden muss. Auch im summarischen Verfahren kann die Untersuchung der Widerrechtlichkeit zur Verzögerung wenn nicht gar zur Verhinderung der Gegendarstellung führen. Riklin¹ begründet das Gegendarstellungsrecht als persönlichkeitsrechtliche Forderung aufgrund von ZGB 28. Allerdings greift er zu einer andern rechtstechnischen Lösung in bezug auf die Gegendarstellung hervorgerufen durch eine rechtmässige Rundfunkäusserung. Er schlägt vor, den "Nichtzulasser" ins Recht zu fassen, da er in der Nichtzulassung eine Störung gemäss ZGB 28 sieht. Eine Nichtzulassung ist nach seiner Ansicht unbillig und verstösst gegen Treu und Glauben. Die Widerrechtlichkeit der Nichtzulassung der Gegendarstellung vermag nach seiner Meinung als Anspruchsvoraussetzung zu genügen.

Ein weiterer Vorschlag der Literatur² will im Gegendarstellungsrecht ein materielles Zwischenrecht erblicken, durch welches ein rasch zu verwirklichender Rechtsschutz bei bestehender Illiquidität der Widerrechtlichkeit gewährt werden kann. Der Vorteil dieser Konstruktion würde darin liegen, dass der bestehende Interessenkonflikt vor seiner materiellen Beurteilung selbständig bewertet würde. Die Widerrechtlichkeit der Verletzung wird darin erblickt, dass ein Angriff durch ein Medium eo ipso eine unbefugte Verletzung der persönlichen Verhältnisse darstellt. Wie das Gericht richtig erkannt hat, steht dieser Ansicht entgegen, dass ein auf diese Weise konstruiertes Zwischenrecht ebenfalls die Prüfung der Widerrechtlichkeit erfordert. Wichtig scheint mir zu sein, dass allen Ansichten die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit gemein ist. Ein Unterschied besteht nur hinsichtlich der Konstruktion.

Dadurch, dass die Widerrechtlichkeit präsumiert wird, kann die Rechtsfolge, in diesem Fall die Gegendarstellung, eintreten. Die Rechtmässigkeit des Anspruchs auf Gegendarstellung ist somit nicht mehr in Frage gestellt.

1 F. Riklin, ZSR 87, 1968, S. 190 f

2 BIZR 77, 1978, Nr. 116, S. 298

In diesem Zusammenhang kann noch auf den Expertenvorschlag der Kommission Lüchinger verwiesen werden, dessen Vernehmlassung Mitte 1978 abgeschlossen wurde.

Die Kommission¹ möchte die Gegendarstellung in den Artikeln 28 g - i (neu) regeln, wobei in Art. 28 g (neu) der Grundsatz des Anspruches auf Gegendarstellung erwähnt wird. Art. 28 h (neu) bezieht sich auf das Verfahren und Art. 28 i (neu) fasst den Rechtsschutz ins Auge².

Die Kommission liess sich bei der Konzeption von dem zum Teil schon im Ausland bestehenden Gegendarstellungsrecht leiten³. Nicht vergessen werden darf in diesem Zusammenhang, dass ein sogenanntes Gegendarstellungs- und Antwortrecht sich bereits in einigen Kantonen findet⁴. Als Voraussetzung, um den Anspruch auf Gegendarstellung auslösen zu können, wird ein "Betroffensein in den persönlichen Verhältnissen" verlangt, zurückgehend auf eine "Aeusserung" der Presse, des Radios oder des Fernsehens. Eine "Aeusserung", die sich auf die "persönlichen Verhältnisse" bezieht, involviert praktisch immer eine Tatsachenbehauptung oder ein gemischtes Werturteil, abgesehen von den Formalinjurien.

Ebenfalls ist die Widerrechtlichkeit als Klagevoraussetzung nicht mehr notwendig, d. h., dass der Betroffene die Möglichkeit hat, die Gegendarstellung zu verlangen. Man will damit dem Betroffenen die Möglichkeit geben, zu verlangen. Man will damit dem Betroffenen die Möglichkeit schaffen, korrigierend in das Meinungsbild einzugreifen, das durch den Artikel oder die Sendung geschaffen wurde. Der Verletzte soll nicht an der Widerrechtlichkeit scheitern, die sich sowieso meistens erst nach einer ordentlichen Prozessdauer herauschält. Auch ein Fehlen dieser Voraussetzung führt

1 Das Echo auf den Vorentwurf der Kommission Lüchinger war entmutigend. Die Kommissionsarbeiten werden heute unter dem Vorsitz von P. Tercier weitergeführt.

2 Die Artikel sind in Anhang C aufgeführt.

3 In folgenden Ländern besteht schon ein teilweises Gegendarstellungsrecht auf gesetzlicher Basis. Belgien, BRD, Dänemark, Frankreich, Griechenland, Island, Italien, Jugoslawien, Luxemburg, Niederlanden, Norwegen, Oesterreich, Türkei, USA (in einzelnen Bundesstaaten).

4 M. Rehbinder stellt auf den Seiten 96 f die Regelung im Waadtländer Presserecht dar.

R. Schumacher, S. 219 f

nicht zu einer Häufung von Gegendarstellungen, denn dies wird durch den Art. 28 i (neu) verhindert, der als Missbrauchsschranke fungieren würde.

Art. 28 I i (neu): Die Veröffentlichung der Gegendarstellung darf verweigert werden, wenn sie die Voraussetzungen nach den vorstehenden Bestimmungen nicht erfüllt, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder einen strafbaren Inhalt aufweist¹.

Es ist richtig, das Gegendarstellungsrecht im Personenrecht unterzubringen, denn der Zweck besteht im Schutz der Persönlichkeit. Somit kommt das Gegendarstellungsrecht auch nur bei Verletzung der "persönlichen Verhältnisse" zum Tragen². Für Rehbinders³ ist der Gegendarstellungsanspruch "ein in besonderer Weise vorverlegter Persönlichkeitsschutz."

1 NZZ vom 13.1.76 Nr. 9

2 Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass schon im Jahre 1969 das Solothurnische OG im Sinn und Geiste des neuen Expertenentwurfes entschieden hat.

ZBJV 106, 1970, S. 453: "... Nach Art. 28 ZGB kann, wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, auf Beseitigung der Störung klagen. Besteht die Störung in einer unbefugten (unwahren, ehrverletzenden) Presseäußerung, so kann zur Beseitigung dieser Störung eine Richtigstellung in demselben Presseorgan, in dem die störende Äußerung erschien, verlangt werden, eventuell zusätzlich die Publikation einer Richtigstellung in andern Presseorganen.

Der Eigenart der Presse entsprechend ist der Beseitigungsanspruch nur dann wirksam gewährt, wenn die Richtigstellung möglichst bald erfolgt. Ein durch eine Presseäußerung Verletzter hat somit grundsätzlichen Anspruch auf sofortigen Widerruf, mithin auf Erlass einer entsprechenden einstweiligen Verfügung, und zwar kraft materiellen Bundesrechts." S. 455: "Inhaltlich hätte diese einstweilige Verfügung - nach Ansicht der Klägerin - darin zu bestehen, dass der Gesuchs- und Rekursgegner zur Veröffentlichung einer von der Klägerin verfassten Gegenerklärung verpflichtet würde. - Dass Illiquidität der Unwahrheit und damit der Widerrechtlichkeit einer Presseäußerung der sich aus Art. 28 ZGB ergebende Beseitigungsanspruch in der Verfügung der Veröffentlichung einer vom Gesuchsteller verfassten Gegenerklärung durch und auf Kosten des Gesuchstellers besteht, ist mit der einhelligen Literatur anzunehmen (Literaturhinweis)."

3 M. Rehbinders, S. 95

b) Rechtsnatur

Aus den vorstehenden Darlegungen gelangt man zu folgender Definition:
Der Anspruch auf Gegendarstellung stellt eine spezifische Art des Beseitigungsanspruchs dar und ist wie dieser höchstpersönlicher Natur.

c) Voraussetzung

Da es sich beim Anspruch auf Gegendarstellung nur um einen speziellen Beseitigungsanspruch handelt, ist er an die gleichen Voraussetzungen geknüpft wie der Beseitigungsanspruch im allgemeinen.

d) Inhalt und Umfang der Gegendarstellung

Ein Gegendarstellungsbegehren ist durch den Richter bezüglich Form, Inhalt und Umfang zu überprüfen, damit die klägerische Partei nicht ihrerseits eine rein subjektive Gegendarstellung verlangen kann. D.h., dass sich die Gegendarstellung auf Tatsachen beschränken muss und keine Formalinjurien oder andere widerrechtliche Formulierungen enthalten darf. Zudem muss die Gegendarstellung in einem Zusammenhang mit der verletzenden Äusserung stehen. Der Umfang der Gegendarstellung ergibt sich aus der Natur der Sache, denn je schwerwiegender die verletzende Äusserung desto länger die Gegendarstellung, wobei die Verhältnismässigkeit zu wahren ist. Auf "eine" Seite mit verletzenden Äusserungen, darf nicht mit einer "10-seitigen" Gegendarstellung geantwortet werden¹.

e) Ort und Frist der Gegendarstellung

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass das Tatinstrument als Veröffentlichungsmittel in Frage kommt². Damit will man erreichen, dass

1 Vgl. dazu die Ausführungen von F. Riklin, ZSR 87, 1968, S. 200

2 Vgl. dazu P. Jäggi, S. 253 a; R. Schumacher, S. 199; F. Riklin, S. 427

die Gegendarstellung an die nämlichen Adressaten gelangt wie die verletzende Aeussierung. Je nach Verbreitung der verletzenden Aeussierung muss es im Ermessen des Richters liegen, noch zusätzliche Veröffentlichungsmittel zu gestatten¹.

Die Gegendarstellung als Sofortmassnahme erreicht nur dann ihren Zweck, wenn sie innert kürzester Frist veröffentlicht wird².

Nur mit der Schaffung einer sofortigen Gegenmeinung hat der Verletzte die Möglichkeit, in berichtigender Art und Weise in die Meinungsbildung einzugreifen.

f) "(Berichtigungspflicht)" Berichtigungsanspruch

aa) Rechtslage

Unter dem Anspruch auf Berichtigung versteht man das Recht des Einzelnen vom Verletzer zu verlangen, dass er nach erwiesener Unbegründetheit des Vorwurfes eine vom Verletzten verfasste Richtigstellung veröffentliche. So verstanden stellt die Berichtigungspflicht eine Unterart des Anspruchs auf Gegendarstellung und somit des Beseitigungsanspruches dar. Der Unterschied zum Anspruch auf Gegendarstellung besteht darin, dass der letztere umfassender ist³. Bezüglich der Rechtslage kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden⁴.

bb) Rechtsnatur

Der Berichtigungsanspruch ist eine Unterform des durch ZGB 28 I gewährleisteten Beseitigungsanspruches mit dem Zweck, den Störungszustand

1 Man denke an den "Rey-Artikel" vom 30. Juli 78 in der "Tat", wo Rey als Wirtschaftsmagnat angegriffen wurde. Diese Sensationsmeldung beschränkte sich mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht nur auf die Tatleser, sondern gelangte an einen weit grösseren Personenkreis. Eine Gegendarstellung in weiteren Zeitungen als nur in der "Tat" wäre sicherlich gerechtfertigt gewesen.

2 R. Schumacher, S. 199 N 12: Innerhalb von 14 Tagen

3 R. Schumacher, S. 219

4 Vgl. S. 132 ff.

zu beseitigen¹. Als Unterform des Beseitigungsanspruches ist der Berichtigungsanspruch ein höchstpersönliches Recht.

cc) Voraussetzung

Als spezielle Art des Beseitigungsanspruches ist die Richtigstellung an die gleichen Voraussetzungen gebunden.

dd) Inhalt und Umfang der Berichtigung

Daurch, dass die Grenzen gegenüber dem Anspruch auf Gegendarstellung fließend sind, lässt sich keine genaue Abgrenzung finden. Doch kann davon ausgegangen werden, dass der Berichtigungsanspruch als minus in maiore bezüglich Inhalt und Umfang einschränkender und weniger umfassend gestaltet ist.

ee) Ort und Frist der Berichtigung

In bezug auf Ort und Frist besteht gegenüber dem Anspruch auf Gegendarstellung kein Unterschied, so dass die dortigen Ausführungen analog anzuwenden sind.

g) Besteht ein Anspruch bei Illiquidität der Widerrechtlichkeit?

In neuerer Zeit sind verschiedene Autoren² der Ansicht, dass im Rahmen einer einseitigen Verfügung und im Falle der Illiquidität der Widerrechtlichkeit ein Anspruch auf Gegendarstellung bestehe, mit dem Zweck, dem Verletzten auch bei bestehender Illiquidität der Unwahrheit und Widerrechtlichkeit einen rasch zu verwirklichenden Rechtsschutz zu gewähren. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, da der Anspruch auf Gegendarstellung materiell aus ZGB 28 abgeleitet wird, vermag er dem unbefugt Verletzten einen Schutzanspruch zu verschaffen. Der Richter muss zum Schluss kommen, dass die beanstandete Äusserung unwahr ist. Ist sie un-

1 BGE 100 II 180 / 103 II 166

2 P. Jäggi, S. 255 a; M. Kummer, S. 111; H. Merz, ZSR 79, 1960, S. 677 a

wahr, so liegt in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht klares Recht vor, da einerseits niemand ein Recht hat, unwahre Behauptungen aufzustellen, und andererseits weil die Unwahrheit sich sofort hat beweisen lassen. Gerade in dieser richterlichen Beurteilungsmöglichkeit liegt die Stärke des Anspruchs. Im Zweifelsfall ist zugunsten des Bedrohten zu entscheiden, doch darf dies nicht zur Regel erhoben werden¹. Der Richter ist somit in der Lage, frei über die Illiquidität zu entscheiden² und eine Gegendarstellung oder Berichtigung anzuordnen. Auf keinen Fall jedoch darf er dem klägerischen Begehren folgen, wenn die Illiquidität offensichtlich ist.

3. Weitere Möglichkeiten der Beseitigung

Nebst den aufgezählten Möglichkeiten der Beseitigung ist auch noch der Widerruf als Gegenstand einer Beseitigungsklage im Sinne von ZGB 28 I zu berücksichtigen. Wie alle Mittel, die zur Beseitigung der Störung dienen, ist auch der Widerruf an die allgemeinen Voraussetzungen gebunden. Im Gegensatz zum Anspruch auf Gegendarstellung wird der Widerruf vom Verletzer und nicht vom Betroffenen verfasst. Der Aeusserer hat sich dabei bezüglich Inhalt, Umfang, Ort und Frist des Widerrufs an die unter dem Anspruch auf Gegendarstellung gemachten Ausführungen zu halten³.

I) Rechtliche Tragweite der Beseitigung

Da es sich bei der Beseitigungsklage um eine Leistungsklage handelt, hat der Betroffene nicht erst aufgrund eines Urteils, sondern vom Zeitpunkt der unerlaubten Handlung an einen Anspruch auf Beseitigung. Auf der Seite des Verletzers besteht somit eine Leistungspflicht⁴. Dieser Pflicht kann der Aeusserer ohne richterliche Anordnung nachkommen, indem er versucht, die unbefugte Verletzung mit geeigneten Mitteln zu beseitigen.

1 F. Riklin, S. 431 f

2 Vgl. dazu S. 134 ff.

3 Vgl. dazu S. 139

4 F. Riklin (S. 346 f) bezeichnet diese Leistungspflicht als "vorjudiziari-sche Beseitigungspflicht".

Auch wenn er dieser Pflicht nachkommt, kann er die Verletzung nicht mehr ungeschehen machen. Eine Haftung für die widerrechtliche Aeusserung bleibt bestehen¹. Der Richter hat jedoch dieser vorgängigen Beseitigung Rechnung zu tragen, indem er nur bei einer unvollständigen Beseitigung einen weiteren Beseitigungsanspruch zu gewähren hat. Ist die Beseitigung jedoch vollständig, so kann keine Beseitigungsklage mehr erhoben werden². Ebenfalls bildet die "freiwillige" Beseitigung ein Indiz dafür, dass der Aeusserer in gutem Glauben handelte und keinesfalls absichtlich die Verletzung herbeiführte. Durch diese Abgrenzung fällt nicht das Verschulden an sich weg, sondern lediglich Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit können ausgeschlossen werden³.

Weigert sich der Aeusserer, die Störung auf Verlangen des Betroffenen zu beseitigen, so ist diese Weigerung durch den Richter bei der Bemessung des Verschuldens zu berücksichtigen unter der Voraussetzung, dass die Darlegungen des Betroffenen geeignet waren, den Aeusserer von deren Haltlosigkeit zu überzeugen⁴.

Die Beseitigung der unbefugten Verletzung hat in diesem Falle auf richterliche Anordnung hin zu erfolgen, wobei jedoch die Gefahr besteht, dass eine lange Zeit zwischen Verletzung und Urteil verstreicht. Steht die Liquidität der Widerrechtlichkeit fest, so kann der Richter aufgrund des kantonalen Prozessrechtes⁵ eine superprovisorische Verfügung erlassen.

K) Vollstreckung und Verjährung

Rein systematisch gehört die Vollstreckung von Beseitigungsklagen ins Gebiet des materiellen Rechtes und nicht ins Verfahrensrecht⁶, da die in den kantonalen Zivilprozessordnungen vorgesehenen Vollstreckungsmittel sich oft als "zweckunproportional" erweisen⁷.

1 R. Schumacher, S. 224 und die in N 2 zit. Lit. und Judikatur.

2 Gl. M. F. Riklin, S. 347

3 R. Schumacher, S. 224; F. Riklin, S. 347

4 R. Schumacher, S. 225; F. Riklin, S. 347

5 Für den Kanton Zürich beispielsweise ZPO 110

6 P. Jäggi, S. 180 a; F. Riklin, S. 353

7 Th. Merz, S. 97

Der Inhalt einer Beseitigungsklage kann verschiedenartig ausgestaltet sein¹. Dies hat zur Folge, dass die kantonalen Zwangsvollstreckungsmassnahmen nicht nur psychischer Art (Busse und Bestrafung wegen Ungehorsams²) sondern auch physischer Art (Löschung einer Tonbandaufzeichnung, Einstampfung eines Flugblattes usw.) sein können.

Beim Anspruch auf Beseitigung handelt es sich bekanntlich um ein höchstpersönliches Recht, d. h., es steht dem Menschen um seiner selbstwillen zu und kann demzufolge nicht verjähren. Erst mit dem Tod des Trägers geht es unter³. Doch kann der Beseitigungsanspruch auch sonst untergehen. Der Anspruch verwirkt. Von einer Verwirkung im eigentlichen Sinne kann nicht gesprochen werden, da im Gesetz sich nirgends eine Frist findet, binnen derer ein Persönlichkeitsrecht oder eine zu deren Ausübung unerlässliche Rechtshandlung vorgenommen werden muss. Allerdings ist in diesem Zusammenhang Art. 2 ZGB zu berücksichtigen, der überall dort Platz greift, wo keine gesetzliche oder vertragliche Befristung vorliegt⁴.

Es liegt somit ein Verstoss gegen Treu und Glauben vor, wenn nach mehreren Jahren der Anspruch auf Beseitigung geltend gemacht wird. In einem solchen Falle hat der Richter die Klage wegen Verwirkung abzuweisen.

L) Kasuistik

Auch hier erhebt die Zusammenstellung der einzelnen Fälle nicht den Anspruch auf Vollständigkeit. Die aufgeführten Entscheide sollen lediglich zur Erläuterung der vorstehenden Ausführungen dienen.

Voraussetzungen:

- BGE 42 II 600: "Wie das Bundesgericht in seinem Urteil vom 13. Mai 1914 i. S. Sessler gegen Abt (BGE 40 II 165) ausgesprochen hat, wird dabei überall eine zur Zeit der Klageerhebung noch bevorstehende oder

1 Vgl. dazu P. Jäggi, S. 184 a N 93

2 Th. Merz, S. 92 N 303 und 304

3 Egger N 48 zu ZGB 28

4 Merz, Kom., N 513 zu ZGB 2

doch noch fortdauernde Störung vorausgesetzt, während für eine ganz in der Vergangenheit liegende Verletzung der persönlichen Verhältnisse ausschliesslich die Spezialbestimmungen gelten, auf die in Abs. 2 des Art. 28 verwiesen ist, also namentlich Art. 49 OR. "

Diese Praxis behielt das Bundesgericht während Jahrzehnten bei.

- BGE 84 II 578: "Die Kläger haben an der Veröffentlichung immer noch ein schützenswertes Interesse. (Nach 3 Jahren). Durch die Aufklärung Dritter wird nicht, wie z.B. nach einer längst vergessenen Verleumdung, ein nicht mehr andauernder Eingriff in Persönlichkeitsrechte unnötigerweise aufgefrischt. Nach einer Verleumdung, die vergessen ist, braucht der Oeffentlichkeit der wahre Sachverhalt nicht notwendigerweise mitgeteilt zu werden, weil schon der Zeitablauf dem Verletzten die Achtung der Mitmenschen zurückverschafft haben kann. Die unterdrückte Miturheberschaft der Architekten Burgener dagegen darf der Oeffentlichkeit nicht verborgen bleiben. Je länger sie ihr in Erinnerung bleiben wird, desto besser ist den Verletzten Gerechtigkeit widerfahren. Ob die Veröffentlichung den Interessen der Beklagten widerspricht, ist unerheblich. Das hätte die Beklagte als Folge ihres rechtswidrigen Verhaltens hinzunehmen.

Die Kläger haben aber nicht Anspruch auf die Veröffentlichung des ganzen Urteils, da dieses auch Punkte betrifft, die mit der Verletzung der Persönlichkeitsrechte nichts zu tun haben. Die Bekanntgabe einer Zusammenfassung über diesen Punkt genügt. "

- BGE 104 II 2: "Massgebend ist vielmehr, ob die Urteilsveröffentlichung als geeignetes Mittel betrachtet werden kann, um die Folgen der Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen. Unter diesem Gesichtspunkt ist zu prüfen, ob der Kläger ein ausreichendes Interesse an der von ihm verlangten Publikation besitze." S. 4: "Ob eine Urteilspublikation dem Kläger mehr schade als nützen könnte, ist in erster Linie von diesem selbst zu entscheiden. "

Gegendarstellung, Erklärung, Widerruf, Richtigstellung:

- ZBJV 96, 1960, S. 478: "Die Gesuchsteller haben ferner das Begehren gestellt, der Gesuchsgegner sei zu verhalten, ihre "Erklärung" zu veröffentlichen, mit welcher sie das ihnen zugeschriebene Verhalten als freie Erfindung bezeichnen. Der Gesuchsgegner widersetzt sich diesem Begehren, indem er geltend macht, es handle sich hier um eine "Genugtuung", für welche die Voraussetzungen fehlen. Diese Auffassung ist unzutreffend. Es entspricht in der Tat einem Gebot der Gerechtigkeit, dass den Gesuchstellern, die wie vorderhand angenommen werden muss, zu Unrecht als Gestapo-Agenten bezeichnet worden sind, die Möglichkeit gegeben werden muss, ihre Stellungnahme ebenfalls bekanntzugeben. Durch die im Rechtsbegehren 2 enthaltene Fassung ihrer Erklärung, wird nur eine persönliche Auffassung zum Ausdruck gebracht, die der Gesuchsteller. Es wird dadurch auch der ordentliche Prozess - in welchem der Gesuchsgegner Gelegenheit erhält, den angebotenen Wahrheitsbeweis zu erbringen - in keiner Weise präjudiziert."
- ZBJV 106, 1970, S. 455: "- darin zu bestehen, dass der Gesuchs- und Rekursgegner zur Veröffentlichung einer von der Klägerin verfassten Gegenerklärung verpflichtet würde. Dass bei Illiquidität der Unwahrheit und damit der Widerrechtlichkeit einer Presseäußerung der sich aus Art. 28 ZGB ergebende Beseitigungsanspruch in der Verfügung der Veröffentlichung einer vom Gesuchsteller verfassten Gegenerklärung durch und auf Kosten des Gesuchstellers besteht, ist mit der einhelligen Literatur anzunehmen (vgl. Literaturhinweise). Formell-rechtlich steht einer Verwirklichung dieses Anspruches über § 255 lit. d ZPO nichts entgegen: Der Beseitigungsanspruch ist ein anderer als ein auf Geld- oder Sicherheitsleistungen gerichteter fälliger Rechtsanspruch."
- ZBJV 111, 1975, S. 123: "Es ist somit im Rahmen des Verfahrens um Erlass einer einstweiligen Verfügung vorweg einmal zu prüfen, ob und allenfalls welche Massnahmen zum Schutze der Persönlichkeit der Gesuchstellerin vordringlich notwendig sind. Als erstes stellt sich die Frage nach dem "Recht auf sofortige Antwort". Die Rechtsnotwendigkeit einer diesbezüglichen Massnahme muss indessen verneint werden, nachdem das "Bieler Tagblatt" am 30. September 1972 die ausführliche Stellungnahme

des Baudirektors publiziert hatte. Soweit man deshalb das Begehren der Gesuchstellerin um Einräumung des Rechtes auf sofortige Entgegnung als in ihrem (in diesem Verfahren unzulässigen) Begehren um Widerruf, d.h. endgültige Beseitigung des Störungszustandes, enthalten betrachten wollte, stösst dieses Begehren deshalb ins Leere: Mit der Wiedergabe der Antwort des zuständigen Gemeinderates wurde dem betreffenden Anspruch der Gesuchstellerin trotz der - an sich beim Leser kaum ins Gewicht fallenden - Zwischenkommentare der Redaktion Genüge getan, wie sie richterlicherseits im Rahmen einer einstweiligen Verfügung kaum wirkungsvoller hätte angebracht werden können. "

- BlZR 62, 1963, Nr. 77, S. 211: "Das Handelsgericht verpflichtete die Beklagte im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen durch Beschluss, die durch Zirkularschreiben an ihre Fabrikanten- und Lieferantenmitglieder vom 30. September 1959 gegenüber dem Kläger verfügte Liefer Sperre (Boykott) unverzüglich durch Erlass eines neuen Zirkularschreibens an die nämlichen Mitglieder zu widerrufen und diesen mitzuteilen, dass von ihrer Seite eine Belieferung des Klägers nichts im Wege stehe. "
- BlZR 68, 1969, Nr. 67, S. 182: "Mit seinem zweiten Rechtsbegehren verlangt der Kläger, der Beklagte sei zu verpflichten, sämtliche unwahren Angaben seines der Stadt Luzern abgelieferten Gutachtens zu widerrufen. Damit verlangt er vom Beklagten eine Leistung, und zwar eine Beseitigung. Dieses Begehren kann nur dann selbständige Bedeutung haben, wenn der Kläger daran ein eigenes Rechtsschutzinteresse hat. Dass dieses Tun selbst bei Gutheissung der Klage nicht erzwungen werden kann, ist nicht entscheidend für die Zulässigkeit des Begehrens (Guldener, Zivilprozess S. 252 Ziff. 2 a. E.). "
- BGE 103 II 166: "Die verlangte Richtigstellung ist das geeignete Mittel, den durch eine Pressepublikation geschaffenen Störungszustand zu beseitigen (BGE 100 II 180 E. 6). Als Unterform des durch Art. 28 Abs. 1 ZGB gewährleisteten Beseitigungsanspruches ist sie, wie im angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt wird, nicht von einem Verschulden abhängig. "

Andere Arten der Beseitigung:

- BlZR 43, 1944, Nr. 46, S. 98: "Auf Begehren der Klägerin verbot der Einzelrichter der Beklagten F., in dem von ihr herausgegebenen Buche "Vom Jüngling zum Manne" das Bild der Klägerin A. zu verwenden, womit er den Befehl verband, das Bild aus den bereits zum Weiterverkauf aushingegebenen Exemplaren des Buches sofort zurückzuziehen und dieses aus den von den Vertretern benützten Musterexemplaren zu beseitigen."
- ZBJV 112, 1976, S. 120: "Entscheidend ist vielmehr der Gesamtwert der Schadenersatz-, Genugtuungs- und Publikationsansprüche, die alle (insbesondere auch der letztere) nach der Praxis vermögensrechtlicher Natur und deshalb der Abschätzung in Geld zugänglich sind (ZBJV 39 344; BGE 41 II 620)."
- BGE 95 II 498: "Grundsätzlich handelt es sich bei dem Anspruch aus Art. 28 Abs. 1 ZGB nicht um einen Anwendungsfall des allgemeinen Anspruchs auf gerichtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, wie ihn verschiedene Prozessordnungen (namentlich auch Art. 25 BZP) vorsehen und die angeführte neuere Rechtsprechung im Falle der Gefährdung eidgenössischen Privatrechts anerkennt. Vielmehr bildet eine auf Art. 28 Abs. 1 ZGB beruhende gerichtliche Feststellung des Unrechtes an und für sich lediglich ein im Einzelfall als geeignet und gerechtfertigt befundenes Mittel zur Beseitigung der beim Verletzten eingetretenen Störung in den persönlichen Verhältnissen."
- BGE 97 II 107: "Das Klagebegehren 2, mit dem die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der noch in seinem Besitze befindlichen Mitgliederverzeichnisse der Philanthropischen Gesellschaft Union sowie der Werbelisten an die Kläger verlangt wird, erweist sich rechtlich als eine Beseitigungsklage."

§ 6 DER FESTSTELLUNGSANSPRUCH

A) Geschichtliche Entwicklung

Wollte im römischen Recht ein bestimmter Anspruch auf dem Klageweg verfolgt werden, so musste zuerst festgestellt werden, welcher "actio" er zuzuordnen war¹. Es wurde somit eine präjudiziale Abklärung über Rechtsverhältnisse und rechtlich relevante Tatsachen vorgenommen. Aus dieser Sicht ergibt sich eine gewisse Ähnlichkeit mit der hier zu behandelnden Feststellungsklage. Doch darf daraus, wie Zumstein zu Recht feststellt², nicht gefolgert werden, dass die heutige Feststellungsklage eine etwas abgeänderte Präjudizialklage des römischen Rechts darstellt. Er weist darauf hin³, dass das italienisch-mittelalterliche Recht die Präjudizialklagen nicht zur Feststellung (pronuntiatio), sondern vor allem zur Verurteilung (condemnatio) gebrauchte. Die Verurteilung bildete mehr und mehr den Hauptteil der Klage, wobei die Praxis eine Rechtsverletzung voraussetzte. In der Weiterentwicklung des Prozessrechtes verschwanden die "actiones praejudicales" und wurden durch das "remedium ex lege diffamari"⁴ ersetzt.

Der Ursprung der heutigen Feststellungsklage findet sich im Corpus iuris⁵, wobei im italienischen und kanonischen und auch im gemeinen Prozess eine Weiterbildung erfolgte.

Im römischen Recht gelangte ein Freigeborener, dessen Stand angezweifelt wurde an den Statthalter, der seinerseits den oder die Verleumder aufforderte, für ihre Behauptungen Beweise zu erbringen. Gelang ihnen dies nicht, so war es ihnen verboten, den Stand des Klägers weiter anzuzweifeln. Im Mittelalter wurde der Beklagte vom Richter vorgeladen, um Beweise für die Richtigkeit seiner Behauptungen zu erbringen. Konnte er keine Beweise erbringen, so verbot ihm der Richter, den Kläger noch weiter zu belästigen. Der Beklagte sollte sich nicht weiter dazu äussern dürfen. Dieses

1 J. Wiefels, S. 47

2 W. Zumstein, S. 25

3 Derselbe, S. 26

4 Derselbe, S. 26 N 2

5 Derselbe, S. 26, wo sich auch der Text findet.

auferlegte Stillschweigen kann als die gemeinsame Grundlage des gemeinrechtlichen Provokationsverfahrens und der Feststellungsklage angesehen werden¹.

Von grossem Einfluss war auch das kanonische Recht, das eine Klage auf Feststellung zuliess, sobald sich der Kläger in seiner Rechtssicherheit bedroht fühlte². Die Glossatoren berücksichtigten nebst der "Lex diffamari" auch noch das "remedium ex lege si contendat 28 D. de fidejussoribus 46, 1³." Dadurch konnte die Klage auf die verschiedensten Rechtsverhältnisse angewendet werden. Aus der "Lex diffamari" entwickelte sich die "provocatio ad agendum", mit welcher der Betroffene den Verleumder bei einer wörtlichen Verleumdung vor den Richter bringen konnte, damit dieser dem Verleumder eine Frist zur Beschaffung der Beweise setzte. Dies führte dazu, dass die Provokationen im gemeinen Recht eine Blütezeit erlebten. Währenddem Zumstein den Ursprung der Feststellungsklage in der "Extrajudicialappellation" sieht, weist er gleichzeitig darauf hin, dass auch andere Ansichten über den Ursprung der Klage vorhanden sind⁴. Jedenfalls sind die Feststellungsklagen der Zivilprozessordnungen, wie Zumstein richtig erwähnt, nicht Schöpfungen der neuesten Zeit.

Für die Feststellungsklage, basierend auf ZGB 28 I ist dieser geschichtliche Exkurs nur insoweit relevant, als der Charakter des Feststellungsanspruchs dadurch näher erläutert wird.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass ZGB 28 I die Feststellungsklage nicht ausdrücklich erwähnt. In Doktrin⁵ und Praxis⁶ ist jedoch unbestritten, dass die Feststellungsklage zulässig ist, sofern die Störungshandlung noch an-

1 W. Zumstein, S. 27. Man ging nach dem "remedium ex lege diffamari" vor.

2 Man nannte dies "Extrajudicialappellation", da früher der Papst ausserhalb des ordentlichen Prozessverfahrens als Richter fungierte. Mit der Zeit wurde die Klage ihres Extrajudicialappellationscharakters durch Delegation an ordentliche Richter entkleidet. Sie wurde eine einfache Klage auf Feststellung.

3 W. Zumstein, S. 29

4 Derselbe, S. 31

5 K. Specker, S. 335; R. Schumacher, S. 170; F. Riklin, S. 413

6 BGE 40 II 165 / 45 II 106 f / 48 II 16 / 56 II 36 / 68 II 133 / 80 II 122 / 91 II 409 / 95 II 497 ff. / 101 II 188

dauert, sich zu wiederholen droht oder wenn der Zustand, der durch die Störungshandlung geschaffen wurde, geeignet ist, den Verletzten weiterhin in den persönlichen Verhältnissen zu treffen.

B) Rechtsnatur

Die Feststellungsklage bezieht sich auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses¹, d. h., der Kläger will festgestellt haben, dass ein bestimmtes Verhalten widerrechtlich sei. Unter Berücksichtigung der in dieser Darstellung behandelten Tatbestände bezweckt die Klage folgendes: Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung der persönlichen Verhältnisse.

Ob eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse vorliegt, ist eine Frage des materiellen Rechts. Da sich das geltend gemachte Recht nach Bundesrecht beurteilt, entscheidet dieses über die Zulässigkeit der Klage².

Mit Ansprüchen, die aus der nämlichen Verletzung entstanden sind, beschäftigt sich die Feststellungsklage nicht, da es sich bei ihr nicht um eine Leistungsklage handelt, kraft derer der Beklagte verpflichtet werden kann. Trotzdem kann die Feststellungsklage in formeller Hinsicht verschiedenartig gestaltet sein³ (gerichtliche Missbilligung, franc symbolique, Ehrenerklärung). Diese verschiedenartigen Begehren sind jedoch nicht von rechtlicher Relevanz, da in ihnen nur die Widerrechtlichkeit zum Ausdruck gebracht wird⁴.

Aufgrund dieser Ausführungen gelangt man zu folgender Definition: Die Feststellungsklage ist ein Anspruch, der sich mit der Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung der persönlichen Verhältnisse beschäftigt. Bedingt durch die Natur des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses handelt

1 Egger N 77 zu ZGB 28; P. Jäggi, S. 190 a; K. Specker, S. 335; R. Schumacher, S. 171; F. Riklin, S. 413; Th. Merz, S. 61
Positive Feststellungsklage: Abklärung über Existenz eines Rechtsverhältnisses. Negative Feststellungsklage: Abklärung über Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses.

2 F. Riklin, S. 414 N 2 mit Literatur- und Judikaturhinweisen

3 Vgl. S. 154 f

4 F. Riklin, S. 414 f

es sich um einen höchstpersönlichen Anspruch, der dem Anspruchsteller kraft materiellen Rechts zusteht und der in formeller Hinsicht von verschiedenartiger Form sein kann.

C) Voraussetzungen

Nebst der widerrechtlichen Verletzung der persönlichen Verhältnisse ist noch ein besonderes Feststellungsinteresse vorausgesetzt¹. Der legislatorische Zweck dieser Voraussetzung besteht darin, einer missbräuchlichen Verwendung der Feststellungsklagen entgegenzuwirken². Das Feststellungsinteresse drückt sich in der "sofortigen Feststellung" aus. Mit diesem "sofort" will der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass das Feststellungsinteresse nicht durch Zeitablauf entschwinden darf. Für den Kläger heisst das, dass er die Klage unverzüglich nach der Entstehung des streitigen Rechtsverhältnisses zu erheben hat. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass der Kläger, solange das Rechtsverhältnis besteht und solange er an seiner Feststellung interessiert ist, auf Feststellung klagen darf. Je nach den Umständen und nach der Natur des Rechtsverhältnisses kann jedoch eine gewisse Abnahme des Interesses vorkommen³. Die Klage darf jedoch erst dann abgewiesen werden, wenn zwischen Entstehung des Rechtsverhältnisses und Anhebung der Klage so viel Zeit verstrichen ist, dass die Geltendmachung der Klage rechtsmissbräuchlich wäre⁴. Zwischen Entstehung und Klageerhebung kann das Interesse auch zunehmen, da die Tragweite der Verletzung erst im Laufe der Zeit erkennbar wird.

Das Feststellungsinteresse muss als genügend erachtet werden, damit dem Kläger dieser Rechtsschutz gewährt werden kann. Ein rechtserhebliches Feststellungsinteresse sieht Jäggi⁵ darin, dass das zwischen dem Störer und dem Betroffenen bestehende Verhältnis (Dorfgenosse, Nachbar, Mitarbeiter usw.) durch das Fortbestehen der Unklarheit belastet würde.

1 Egger N 77 zu ZGB 28

2 W. Zumstein, S. 55

3 BGE 91 II 410 Erw. 4 c

4 F. Riklin, S. 416 N 4

5 P. Jäggi, S. 191 a f

Ein erhebliches Interesse ist auch in dem Moment vorhanden, wo der Beklagte sich hartnäckig auf den Standpunkt stellt, dass die Verletzung nicht widerrechtlich sei¹. In diesem Beharren liegt eine Rechtsanmassung², die ein genügendes rechtserhebliches Interesse des Betroffenen darstellt.

Kummer³ sieht ein rechtserhebliches Interesse schon im Bestehen einer Rechtsgefährdung.

Berücksichtigt man die Entwicklung der Technik mit dem parallel dazu verlaufenden Verletzungspotential, so ist man geneigt, der Meinung von Kummer zuzustimmen.

Zusammenfassend ausgedrückt, liegt ein rechtserhebliches Interesse objektiv immer dann vor, wenn eine Gefährdung der Persönlichkeitsrechte besteht, wobei auf subjektiver Seite die Zeit, das Verhalten des Verletzers und die Beziehung zwischen den beiden Parteien berücksichtigt werden muss.

D) Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist der Betroffene, d.h. diejenige natürliche oder juristische Person, die durch eine Störungshandlung oder den dadurch geschaffenen Störungszustand in ihren Persönlichkeitsrechten getroffen wird.

E) Passivlegitimation

Da ein Verschulden nicht vorausgesetzt ist, bildet die Widerrechtlichkeit des Handelns des Eingreifers einzige Voraussetzung der Passivlegitimation⁴, d.h., dass juristische Personen, Personenverbände ohne juristische Persönlichkeit, natürliche urteilsfähige wie auch urteilsunfähige Personen und Personen, die in entschuldbarem Irrtum handeln, sofern sie gegen eine Verhaltensnorm verstossen, passivlegitimiert sind.

1 BGE 91 II 412

2 P. Jäggi, S. 191 a

3 M. Kummer, S. 110

4 R. Schumacher, S. 173; F. Riklin, S. 417

F) Vererblichkeit und Uebertragbarkeit

Bereits im Zusammenhang mit dem Beseitigungsanspruch¹ wurde auf die verschiedenen unterschiedlichen Lehrmeinungen hingewiesen. Die unter diesem Abschnitt gemachten Ausführungen, haben auch für den Anspruch auf Feststellung Gültigkeit. Beim Feststellungsanspruch handelt es sich nicht um eine Leistungsklage, durch die der Beklagte verpflichtet werden kann. Es entsteht keine Verpflichtung des Beklagten. Demzufolge kann auf der Passivseite weder von Vererblichkeit noch von Uebertragbarkeit gesprochen werden. Die Wirkungen des Feststellungsurteils in bezug auf den Beklagten werden andernorts behandelt².

G) Pfändbarkeit

Da es sich beim Anspruch auf Feststellung nicht um einen Vermögensgegenstand handelt, ist er nicht pfändbar.

H) Form

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass das Feststellungsurteil in formeller Hinsicht verschieden sein kann. Gerichtliche Missbilligung, Verurteilung zu einem franc symbolique oder aber auch eine Ehrenerklärung können zum Inhalt eines Feststellungsurteils gemacht werden. Es handelt sich nicht um Leistungsklagen, da vom Beklagten nicht ein bestimmtes Verhalten gefordert wird. Durch sie wird lediglich die Widerrechtlichkeit ausgedrückt. Nebst der Feststellung, dass ein Verhalten widerrechtlich sei, gibt der Richter der Widerrechtlichkeit noch eine Form in der Art der oben aufgeführten Beispiele.

Die gerichtliche Feststellung der Widerrechtlichkeit kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung³ als Mittel zur Beseitigung einer Störung in den persönlichen Verhältnissen dienen, wobei Literatur⁴ und Praxis betonen, dass

1 Vgl. S. 126 ff.

2 Vgl. dazu, Rechtliche Tragweite des Feststellungsurteils, S. 155 f

3 BGE 95 II 496 / 101 II 187 f / 104 II 234

4 P. Jäggi, S. 190 a ff.; M. Kummer, S. 107/110; H. Merz, SJZ 67, S. 89 f

in einem solchen Falle ein besonderes Feststellungsinteresse nicht erforderlich sei, sondern, dass das allgemeine Rechtsschutzinteresse ausreiche. Nach den dieser Darstellung zugrunde liegenden Ausführungen kann dieser Ansicht jedoch nicht gefolgt werden, da sie zu einer Vermischung der Klageformen führt, indem eine Leistungsklage, wie es die Beseitigungsklage ist, nicht mehr von einer blossen Feststellungsklage unterschieden wird. Diese Verschmelzung führt zu einer Aushöhlung der Feststellungsklage (besonderes Feststellungsinteresse ist nicht vorausgesetzt) und damit zu einer Schwächung des Persönlichkeitsschutzes. Die der Feststellungsklage zukommende beseitigende Wirkung ist rein sekundärer Natur. Diese Wirkung darf nicht primär als taugliches Mittel zur Beseitigung der immer noch andauernden Kränkung angesehen werden.

Allein das gegenseitige Verhältnis der Klagen¹ würde eine solche Betrachtungsweise nicht zulassen.

I) Rechtliche Tragweite des Feststellungsurteils

In einem Feststellungsurteil wird über die Existenz oder Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses geurteilt, nicht aber über einen allfällig daraus entspringenden Anspruch. Allerdings kann sich die materielle Rechtskraft des Feststellungsurteils positiv auf eine spätere Leistungsklage auswirken, indem das dem Anspruch zugrunde liegende Recht nicht mehr bestritten werden kann. Der Kläger erhält somit die Möglichkeit, sich in einem späteren Prozess auf dieses Feststellungsurteil zu stützen.

Die materielle Rechtskraft wirkt sich nicht nur in positiver, sondern auch in negativer Hinsicht aus, indem eine wiederholte Geltendmachung oder Anfechtung des festgestellten Rechtsverhältnisses ausgeschlossen ist. Bei Gutheissung der positiven Feststellungsklage hat der Kläger bei erneuter Verletzung nicht mehr die Möglichkeit, die gleiche Klage nochmals zu erheben. Ebenfalls kann der Beklagte nicht eine negative Feststellungsklage über das festgestellte Rechtsverhältnis erheben. Eine Gutheissung der posi-

1 Vgl. S. 194 f

tiven Feststellungsklage ist gleichbedeutend mit einer Abweisung einer negativen Feststellungsklage. Jedes Feststellungsurteil stellt das reziproke Gegenteil fest¹.

K) Vollstreckung und Verjährung

Ein Feststellungsurteil ist nicht vollstreckbar, da es nur über Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses entscheidet, nicht aber über die aus dem Rechtsverhältnis fliessenden Ansprüche. Es erfolgt keine Verpflichtung des Beklagten. Deshalb kann ein Feststellungsurteil nicht zur Grundlage einer Zwangsvollstreckung gemacht werden².

Da es sich beim Feststellungsanspruch um ein höchstpersönliches Recht handelt, kann er auch nicht verjähren. Trotzdem kann der Anspruch untergehen, er verwirkt. Dies kann der Fall sein, wenn das Feststellungsinteresse durch Zeitablauf entchwunden ist³. Das Fehlen der Anspruchsvoraussetzung wirkt sich wie eine Verwirkung aus, da eine Geltendmachung des Anspruchs in diesem Falle gegen ZGB 2 verstossen würde.

L) Kasuistik

Auch hier erhebt die Fallzusammenstellung nicht den Anspruch auf Vollständigkeit. Lediglich einige vorstehende Erläuterungen sollen anhand der Rechtsprechung illustriert werden.

Feststellungsinteresse:

- BIZR 41, 1942, Nr. 35: In diesem Entscheid wird darauf hingewiesen, dass das Feststellungsinteresse nicht eine Prozessvoraussetzung ist, sondern eine Voraussetzung des aus dem materiellen Recht entspringenden Feststellungsanspruches. Bei Fehlen des Feststellungsinteresses ist deshalb durch Urteil zu entscheiden. Weiter führt das Gericht aus, dass auch

1 W. Zumstein, S. 64 ff.

2 M. Guldener, S. 256 f

3 F. Riklin, S. 416 bes. N 4

ein der Vergangenheit angehörendes Rechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage bilden kann, wenn dessen rechtliche Wirkungen in die Gegenwart hineinragen.

- BlZR 62, 1963, Nr. 77, S. 214: "Die Möglichkeit sofort Leistungsklage zu erheben, schliesst in der Regel das rechtliche Interesse an einer Feststellungsklage aus. Indessen ist in besonderen Fällen ein Feststellungsbegehren neben der Leistungsklage berechtigt, so wenn die Urteilsveröf-fentlichung geboten scheint. Dann besteht nämlich ein Interesse des Klägers daran, dass die der Gegenpartei zur Last fallende Rechtsverletzung nicht nur in der Urteilsbegründung dargelegt, sondern auch im Dispositiv aus-drücklich festgehalten wird (von Büren S. 165 N 2; BGE 82 II 358). ... Grundlage einer Feststellungs- und einer Unterlassungsklage kann jedoch nur ein bestimmt umschriebenes Verhalten eines Beklagten bilden. Nur ein solches kann im Urteil als widerrechtlich bezeichnet werden. Dagegen fallen allgemein gehaltene Vorwürfe, die nicht zum Ausdruck brächten, welche Handlungen des Beklagten nicht statthaft seien, ausser Betracht."
- BlZR 68, 1969, Nr. 67, S. 182: "Bundesrechtlich wird ein Feststellungsanspruch allein bejaht, wenn ein Interesse an sofortiger Feststellung von Rechten oder Rechtsverhältnissen besteht. (BGE 92 II 108, 91 II 409 und dortige Zitate bes. 77 II 348 ff. Erw. 2). Dieses Interesse wird verneint, wo es sich um Feststellung abgeschlossener, in der Vergangenheit liegen-der Vorfälle handelt (BGE 67 II 44, offengelassen in BGE 91 II 409, Egger N 77 zu Art. 28 ZGB, Grossen in Schweiz. Privatrecht II S. 360)."
- BGE 82 II 319: "Richtig ist, dass die Feststellungsklage, die an sich von Bundesrechts wegen gegeben ist (BGE 77 II 344), ein Interesse des Klä-gers an der Feststellung gegenüber dem Beklagten voraussetzt. Im vor-liegenden Falle besteht aber ein solches. Der Kläger hat ein Interesse an der Feststellung namentlich dann, wenn seine Leistungsklage abgewiesen werden sollte. Es besteht aber auch sonst. Der Kläger ist noch immer das Opfer der Verdrängung aus seiner Arbeitsstelle bei der Gebr. Fretz AG. Er läuft Gefahr, auch von keinem andern auf die Berufsordnung der Beklagten verpflichteten Arbeitgeber mehr angestellt zu werden, solange er nicht in den SLB eintritt."

- BGE 84 II 493 ff. Das Bundesgericht führt in diesem Entscheid aus, dass es den Kantonen überlassen bleibt, inwieweit sie noch weitere Feststellungsansprüche zulassen wollen. Ebenso ist es ihnen auch unbenommen, weniger strenge Anforderungen an das Feststellungsinteresse zu stellen, als dies im eidgenössischen Recht geschieht.
- BGE 84 II 691: "Was aber den bundesrechtlichen Feststellungsanspruch, wie ihn die Klägerin verfiicht, belangt, geht die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass ein solcher Anspruch ein erhebliches Interesse sofortiger Feststellung voraussetzt (BGE 77 II 344 ff., insbesondere 351 oben). An dieser Voraussetzung fehlt es in der Regel, wenn der Ansprecher in der Lage ist, über die blossse Feststellung hinaus eine vollstreckbare Leistung zu verlangen (BGE 80 II 366 Erw. 4, 81 II 466 zweitunterster Absatz). Zwar ist die Feststellungsklage nicht schlechthin als der Leistungsklage nachgehend zu betrachten, so dass sie immer, wenn auf Leistung geklagt werden kann, ausgeschlossen wäre. Vielmehr kann sich auch bei Möglichkeit der Leistungsklage ein selbständiges Interesse an gerichtlicher Feststellung ergeben."
- BGE 91 II 409: "Das nach der Rechtsprechung erforderliche Interesse an der verlangten Feststellung lässt sich dem Kläger nicht mit der Begründung absprechen, sie wäre nur Motiv für ein Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren, das er hätte stellen können."
- BGE 101 II 189: "Das Interesse an einer solchen Feststellung darf nicht bereits deswegen verneint werden, weil die Kläger gleichzeitig einen Genugtuungsanspruch geltend machen, der aus dem gleichen Sachverhalt abgeleitet wird. Die Zusprechung einer Genugtuung setzt nach Art. 49 Abs. 1 OR eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens voraus. Mit Rücksicht auf den Fall, dass diese Voraussetzung nicht als erfüllt zu betrachten wäre, darf den Klägern ein Interesse an der Feststellung der Widerrechtlichkeit der von ihnen behaupteten Persönlichkeitsverletzung nicht zum vorneherein abgesprochen werden (BGE 91 II 409/410 Erw. 4 a).

Das Interesse an der Feststellung einer unbefugten Persönlichkeitsverletzung ergibt sich nach Kummer aus dem Bestehen einer Rechtsgefähr-

dung, dadurch ausgelöst, dass der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechtes an einer bestimmten Stelle umstritten ist (a.a.O. S. 110; vgl. auch BGE 77 II 349; Leuch, N 3 zu Art. 174 bern. ZPO). Die Persönlichkeitsrechte der Kläger sind jedoch nicht gefährdet. Im kantonalen Verfahren wurde zwar geltend gemacht, die Kläger hätten noch weitere erwachsene Kinder, "denen unter Umständen das gleiche Schicksal drohe". Die Gefahr, dass die beklagten Aerzte einem weiteren Kind der Kläger ein Organ entnehmen, ohne deren Zustimmung einzuholen, ist indessen dermassen gering, dass es abwegig wäre, allein deswegen die Feststellungsklage zuzulassen. Unhaltbar ist sodann das andere vor den kantonalen Gerichten vorgebrachte Argument, es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an der mit der Klage begehrten Feststellung. Auf das öffentliche Interesse kann es in diesem Zusammenhang nicht ankommen. Wohl können insbesondere höchstrichterliche Zivilurteile infolge ihrer präjudiziellen Wirkung auch für die Öffentlichkeit von Bedeutung sein. Das ändert jedoch nichts daran, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Feststellungsklage einzig auf das (private) Interesse des Klägers abzustellen ist. Anders zu entscheiden hiesse, die Feststellungsklage in eine Art Popularklage umzuwandeln, was nicht angeht.

Weitere Gründe, die für die Zulässigkeit der Feststellungsklage sprechen würden, sind nicht ersichtlich. Wohl ist die Rechtslage im Bereich der von den Klägern aufgeworfenen Fragen unklar und würde die Beurteilung des Feststellungsbegehrens nach den Worten von Kummer an sich erlauben, "den Verlauf des Persönlichkeitsrechts an undeutlicher Grenzstelle auszumarchen" (a.a.O., S. 109/110). Das allein genügt jedoch nicht, wenn der Kläger an dieser Ausmarchung kein persönliches Interesse hat. So verhält es sich im vorliegenden Fall. Die Gerichte sind nicht dazu da, um abstrakte Rechtsfragen zu beurteilen (BGE 80 II 366; vgl. auch Leuch, N 2 zu Art. 174 bern. ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. S. 255). Auf die Feststellungsklage ist daher nicht einzutreten."

Störungshandlung:

- BlZR 70, 1971, Nr. 46, S. 119: "Der Feststellungsanspruch wird in Art. 28 ZGB nicht ausdrücklich genannt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

leitet ihn jedoch aus dem darin genannten Beseitigungsanspruch her. Sie schützt ihn, wenn die Störungshandlung fort dauert oder sich zu wiederholen droht (BGE 40 II 165, 45 II 106 f., 48 II 16, 56 II 36) oder wenn durch sie ein Zustand geschaffen wurde, der den Verletzten weiterhin in seinen persönlichen Verhältnissen treffen könnte (BGE 68 II 133, 91 II 409). Ob neben diesem speziellen Feststellungsanspruch auch noch der allgemeine gegeben sei, wie ihn die neuere Rechtsprechung als von Bundesrecht wegen bestehend anerkannt hat (BGE 77 II 344), hat das Bundesgericht bisher offen gelassen (BGE 91 II 409). ... Der Feststellungsanspruch wird auch nicht durch die Leistungsklage konsumiert, sofern die Wirkung noch fortbesteht (BGE 82 II 319). "

S. 120: "Vor allem aber halten die Beklagten auch heute noch daran fest, dass die Ausdrücke wohl geschmacklos, nicht aber verletzend und widerrechtlich gewesen seien. Sie massen sich also trotz der Zurücknahme auch heute noch an, den Kläger 3 mit Recht in der angegebenen Weise bezeichnet zu haben. Das Interesse an der Feststellung der Widerrechtlichkeit besteht deshalb heute noch (Verweis auf Jäggi); die Feststellung dient zudem der Klarstellung. "

- BGE 67 II 44: "Da es sich bei den eingeklagten Aeusserungen um eine in der Vergangenheit liegende, abgeschlossene Störung handelt, deren Folgen nicht auf dem Wege der Naturalrestitution beseitigt werden können, sondern nur durch die Leistung von Schadenersatz und Genugtuung, so kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes dem Feststellungsbegehren nicht selbständige Bedeutung zukommen, sondern es stellt lediglich das Motiv für das Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren dar (BGE 40 II 164 f., 48 II 16 f.). "

Zweck der Feststellungsklage:

- BlZR 54, 1955, Nr. 85, S. 163: "Mit dem Bundesgericht (BGE 63 II 185) ist davon auszugehen, dass die Feststellungsklage sich in der Feststellung einer rechtlichen Gebundenheit oder einer Rechtspflicht erschöpft. Wird auf gerichtliche Missbilligung eines bestimmten Verhaltens geklagt, so steht sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Inhalt eines solchen Rechtsbegehrens nicht mehr nur die Befriedigung eines prozessualen Fest-

stellungsbedürfnisses in Frage, sondern ein Bedürfnis nach Satisfaktion. Der Umstand, dass das Begehren um gerichtliche Missbilligung nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist, tut ihm keinen Abbruch, darf doch der Richter gemäss Art. 49 Abs. 2 OR anstatt oder neben einer Geldleistung als Genugtuung auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen. "

- BGE 63 II 185 Erw. 1 c: "Die Feststellungsklage erschöpft sich in der Feststellung einer rechtlichen Gebundenheit, einer Rechtspflicht; wo über das hinausgegangen wird, liegt eine Leistungsklage oder allenfalls eine Gestaltungsklage vor (Lit.-Hinweis). Die Leistungsklage bezweckt Befriedigung des Rechtes, die Feststellungsklage Beseitigung der Gefährdung der Rechtsstellung der Klägers (Verweis auf Lit. und Praxis). Wenn nun auf gerichtliche Missbilligung geklagt wird, so weist schon der Wortlaut des Begehrens über eine blossse Feststellungsklage hinaus (Lit.-Hinweis). Aber auch inhaltlich steht keineswegs die Befriedigung eines prozessualen Feststellungsbedürfnisses, nicht die Sicherung vor einer Rechtsgefährdung in Frage, sondern vielmehr ausschliesslich ein Satisfaktionsbedürfnis, mit der Massgabe, "dass die Satisfaktion nicht durch Geld oder eine andere positive Leistung des Verurteilten erfolgt, sondern durch das rechtliche Erkenntnis selbst oder - auch das ist eine zulässige Anschauungsweise - durch das Dulden-Müssen des Beklagten, dass der Richter, die Missbilligung der Tat aussprechend, ihn an den Pranger stelle" (Lit.-Hinweis). "
- BGE 77 II 344 ff. in Praxis 41 (1952) Nr. 12, S. 25: "In BGE 55 II 140 = Pr. 18 Nr. 71 wird erklärt, die Feststellungsklage sei prozessualer Natur, weil mit ihr nicht ein prozessrechtlicher Anspruch im eigentlichen Sinn geltend gemacht, sondern lediglich vorbereitungsweise eine Intervention des Richters verlangt werde im Hinblick auf eine spätere, eine Zahlung oder eine andere Leistung des Beklagten anstrebende Klage (Verurteilungsklage).

Diese Begründung verkennt das wahre Wesen der Feststellungsklage. Ganz abgesehen von den zahlreichen Klagen, deren Endziel in einer blossen Feststellung besteht, bezweckt die Feststellungsklage überhaupt nie nur die Vorbereitung einer Verurteilungsklage. Die Feststellungsklage hat ihren eigenen Zweck, indem sie auf den Schutz des gefährdeten materiellen

Rechts abzielt. Es wird durch sie Rechtssicherheit geschaffen dank der dem Feststellungsurteil innewohnenden Rechtskraft. Die Feststellungsklage bezweckt somit, gleich wie die Verurteilungsklage, den Schutz des materiellen Rechts, der sich als erforderlich erweist, weil dieses im ersten Falle gefährdet, im zweiten Falle verletzt ist."

- BGE 88 II 209: Es besteht kein Anspruch auf Feststellung von Bundesrechts wegen, der bezweckt, Dritte zu einem bestimmten Verhalten zu beeinflussen. Gegebenenfalls liegt eine rein tatsächliche Beeinflussung Dritter vor.
- BGE 95 II 499: "Im übrigen bleibt auch im Gebiet des Persönlichkeitsschutzes immer noch ein Anwendungsgebiet für die selbständige Feststellungsklage, so etwa, wenn einmal alle andern Klagen ausfallen sollten (was in BGE 91 II 410 Erw. 4 b und 412 Erw. 4 d im Ergebnis bestätigt wird; Jäggi, S. 191 a), insbesondere wenn es darum geht, bei umstrittener Rechtslage Klarheit zu schaffen, was rechtens ist, und den Verlauf des Persönlichkeitsrechtes an undeutlicher Grenzstelle auszumarchen (Lit.-Hinweis). Die Bedeutung dieser Klagemöglichkeit ist indessen nicht zu überschätzen."

§ 7 DER UNTERLASSUNGSANSPRUCH

A) Geschichtliche Entwicklung

Der Unterlassungsanspruch von ZGB 28 I hat seine Wurzeln von der Art her in den "actiones negatoriae" des klassischen römischen Rechts, die der Abwehr der Anmassung von bestimmten Gebrauchs- und Nachbarrechten an dem Grundstück des Eigentümers dienen¹. Mit diesen "actiones" versuchte man einerseits die erfolgte Beeinträchtigung zu beseitigen, andererseits sollte der Beklagte zur Zahlung einer Geldleistung verurteilt werden, wenn er sich weigerte, dem Kläger eine "cautio de non amplius turbando" zu leisten². Der Hauptzweck dieser "actiones" lag in der Beseitigung, wobei man

1 G. Hohloch, S. 21

2 K. Naef, S. 73

mittels Bussandrohung versuchte, eine weitere Störung zu verhindern. Dieser Androhung ist das Unterlassungsurteil gleichzusetzen.

Im justinianischen Recht erfolgte eine Erweiterung der "actio negatoria", indem sie nicht nur der Abwehr von angemassen Rechten diene, sondern generell einen Schutz gegen Einwirkungen verlieh, sofern jene Servitutscharakter besaßen¹. Ebenfalls im justinianischen Recht wurde die formale Strenge des Rechtsmittels abgestreift².

Bis ins 20. Jahrhundert hinein blieb das Rechtsmittel unverändert.

Vor der Kodifikation galt in der Schweiz die gemeinrechtliche "actio negatoria", bevor sie ihren endgültigen Niederschlag in ZGB 641 fand³.

Naef⁴ will den ebenfalls zum negatorischen Rechtsschutz zählenden Anspruch von ZGB 28 durch Analogieschluss aus den einzelnen Gesetzesbestimmungen herleiten. Die Art. 29 II, Art. 48⁵, Art. 641, Art. 679, Art. 808, Art. 928 ZGB und OR 956 verleihen den Trägern eines absoluten oder relativen Rechts einen Anspruch auf Unterlassung. Diese spezifisch gewährleisteten Ansprüche auf Unterlassung sollen durch einen generellen Anspruch auf Unterlassung, wie er in ZGB 28 vorhanden ist, ergänzt werden. Verschiedene Autoren⁶ sind der gleichen Ansicht. Merz⁷ jedoch weist in seiner Arbeit darauf hin, dass bestimmte Unterlassungsansprüche (ZGB 29 II, 679, 808 und 928 II) eine gewisse Aehnlichkeit mit dem auf ZGB 28 I basierenden Anspruch aufweisen, wobei beim Anspruch von ZGB 679 sogar von Identität gesprochen werden kann. Auf der andern Seite wird der Unterlassungsanspruch von ZGB 956 II begriffswidrig wie ein Beseitigungsanspruch verwendet.

1 G. Hohloch, S. 23 bes. N 13 - N 16

2 G. Hohloch, S. 24

3 K. Naef, S. 73 f. bes. N 18 wo auf Huber, Schweizerisches Privatrecht II, S. 23 ff. und Erläuterungen II, S. 60 verwiesen wird.
G. Hohloch, S. 30

4 K. Naef, S. 88 ff.

5 Nicht mehr in Kraft

6 K. Specker, S. 337; Egger N 72 zu ZGB 28; F. Riklin, S. 405; R. Schumacher, S. 173; Roetelmann, S. 390; K. Fehr, S. 304

7 Th. Merz, S. 21 ff.

Bezüglich des Anspruchs von ZGB 29 II legt er den "doppelköpfigen Charakter" dar, was grösstenteils zur begriffswidrigen Verwendung des Anspruchs führt. Der Analogieschluss wird somit in vollem Umfange bezweifelt. Hierauf kann jedoch nicht näher eingetreten werden.

Wichtig scheint mir nicht die theoretische Begründung der allgemeinen Unterlassungsklage zu sein, sondern, dass beide Meinungen überhaupt eine Unterlassungsklage anerkennen.

B) Rechtsnatur

Der Unterlassungsanspruch des Trägers entspricht der Unterlassungspflicht des Dritten, eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse zu unterlassen¹. Kommt der Dritte seiner Pflicht nach, so besteht für den Rechtsträger kein Grund, den Anspruch geltend zu machen. Verletzt der Dritte seine Unterlassungspflicht, so kann die Verletzung nicht mehr mittels des Unterlassungsanspruches rückgängig gemacht werden. Daraus lässt sich erkennen, dass der Unterlassungsanspruch nur vorbeugend wirkt². Das Ziel der Unterlassungsklage ist es, künftige Verletzungen zu verhindern, ob sie nun erstmalig oder aufgrund einer Wiederholung erfolgen³.

Während bei der ersten Möglichkeit eine Verletzung noch nicht stattgefunden hat, hat es bei der Wiederholung bereits eine Verletzung gegeben. Generell richtet sich die Unterlassungsklage gegen eine drohende Störungshandlung, die geeignet ist, die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen zu verletzen. Egger⁴ weist mit Recht darauf hin, dass es keineswegs erforderlich ist, "wie eine ältere Lehre wollte, dass Verletzungen schon stattgefunden haben - gerade auf dem Gebiet des Persönlichkeitsschutzes ein unerträglicher Doktrinarismus."

Wie Fehr⁵ richtig erkannt hat, wäre es widersinnig, jemanden nur gegen die Folgen einer Persönlichkeitsverletzung zu schützen und ihm dagegen die Verhütung der Verletzung nicht zu gestatten.

1 Th. Merz, S. 9

2 Th. Merz, S. 10 bes. N 32 und N 33

3 Gl. M. R. Schumacher, S. 173 f

4 Egger N 82 zu ZGB 28

5 K. Fehr, S. 305

Will der Anspruch auf Unterlassung seiner Präventivfunktion wirklich nachkommen, so muss er auch zugebilligt werden, bevor eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse stattgefunden hat, d.h. dem Anspruch muss stattgegeben werden, sobald mit einem rechtswidrigen Eingriff in Zukunft gerechnet werden muss.

Allein die blosse Wahrscheinlichkeit der Bedrohung genügt, um den Anspruch geltend machen zu können¹.

Hat bereits eine Verletzung stattgefunden, so wird die Unterlassungsklage durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung² dahingehend eingeschränkt, dass die Gefahr der Wiederholung solange nicht angenommen wird, als die Stellungnahme des Beklagten nicht den Schluss auf die Absicht weiterer Angriffe zulässt³.

Zusammenfassend gelangt man zu folgender Definition: Der Unterlassungsanspruch ist ein auf ZGB 28 I basierendes Rechtsmittel mit Präventivfunktion, das dem Ansprecher aufgrund des subjektiven absoluten Persönlichkeitsrechtes zusteht.

C) Voraussetzungen

1. Verletzung

Da es sich beim Unterlassungsanspruch um ein vorbeugendes Rechtsmittel handelt, muss eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse noch nicht stattgefunden haben, um den Anspruch geltend machen zu können. Es genügt, wenn eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse mit hoher Wahrscheinlichkeit befürchtet werden muss⁴. Sobald der Anspruch auf Unterlassen fällig ist, muss die Unterlassungsklage zugelassen werden. Der Anspruch ist aufgrund des subjektiven absoluten Persönlichkeitsrechtes von Anfang an

1 Egger N 82 zu ZGB 28; F. Riklin, S. 406; R. Schumacher, S. 174

2 BGE 95 II 501

3 Vgl. die Ausführungen von Schumacher (S. 174 f) und die dort zit. Lit. und Judikatur betreffend Wahrscheinlichkeit der Wiederholung.

4 K. Specker, S. 338; R. Schumacher, S. 174; F. Riklin, S. 405

fällig¹. Sobald jemand Kenntnis hat, dass seine persönlichen Verhältnisse in Zukunft gestört werden könnten, sei es durch Veröffentlichung eines diskriminierenden Artikels oder einer Sendung², besteht ein Anspruch auf Unterlassung.

2. Widerrechtlichkeit

Die zu unterlassende Handlung muss widerrechtlich sein.

3. Kausalzusammenhang

Die zu unterlassende Handlung ist dann kausaladäquat, wenn eine "Pflicht zum Handeln"³ besteht. Bezüglich der in dieser Darstellung behandelten Tatbestände heisst das, dass all diejenigen Handlungen zu unterlassen sind, die geeignet sind, die persönlichen Verhältnisse zu verletzen. Abgeleitet wird dieser Satz von dem unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Fundamentalsatz, dass "immer dort eine Pflicht zum Ergreifen von Schutzmassnahmen besteht, wo ein gefährlicher Zustand geschaffen oder unterhalten wird⁴."

4. Verschulden

Da ein Verschulden nicht vorausgesetzt wird⁵, hat sowohl der Urteilsunfähige, wie auch der in entschuldbarem Irrtum Handelnde, die zur Störung führende Handlung zu unterlassen.

1 Th. Merz, S. 11 und die in N 37 zit. Lit.

2 Zu denken ist beispielsweise an die Fernsehsendung "Kassensturz", die Konsumenteninformation um jeden Preis betreibt und damit Persönlichkeitsverletzungen geradezu fördert. Keine Verletzung = kein Verkauf.

3 Statt vieler K. Oftinger, Bd. I, S. 88 ff.

4 K. Oftinger, Bd. I, S. 88

5 K. Specker, S. 338; R. Schumacher, S. 175

D) Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist derjenige, der als Träger von Persönlichkeitsrechten auf widerrechtliche Art und Weise durch eine Handlung bedroht wird¹.

Nebst den natürlichen Personen können auch juristische Personen und Personenverbände ohne juristische Persönlichkeit aktivlegitimiert sein².

E) Passivlegitimation

Da ein Verschulden nicht vorausgesetzt ist, ist derjenige passivlegitimiert, der durch eine widerrechtliche kausaladäquate Handlung die persönlichen Verhältnisse bedroht. Zu dieser Bedrohung sind nicht nur natürliche urteilsfähige und urteilsunfähige Personen und solche die in entschuldbarem Irrtum handeln fähig, sondern auch juristische Personen und Personenverbände ohne juristische Persönlichkeit. Wichtig ist nebst der Kausaladäquanz, die nur glaubhaft gemacht werden muss³, dass der Beklagte widerrechtlich gehandelt, respektive unterlassen hat. Dies ist nur dann der Fall, wenn er überhaupt eine Möglichkeit zu unterlassen hat⁴.

F) Vererblichkeit

1. Vererblichkeit auf der Aktivseite

Wie bereits mehrfach erwähnt wurde, stehen die Persönlichkeitsrechte dem Einzelnen um seiner selbst willen zu. Als existenzgebundene Rechte gehen sie demzufolge beim Tod der natürlichen Person (Auflösung der jur. Person) unter. Mit dem Tod oder der Auflösung geht nicht nur das Persönlichkeitsrecht unter, sondern auch die damit verbundenen Rechte, wozu der Unterlassungsanspruch zu zählen ist. Dies würde heissen, dass ein in einem Prozess geltend gemachter Anspruch beim Tode des Ansprechers untergehen

1 Eine früher stattgefundene Rechtsverletzung ist nicht vorausgesetzt.

2 Praxis, Bd. 60, Nr. 125

3 Statt vieler K. Otfinger, Bd. I, S. 89

4 "Diente jemand lediglich als Werkzeug, dann richtet sich die Klage gegen den eigentlichen Urheber"; K. Naef, S. 95 f

und der Prozess damit gegenstandslos würde. Dieser Ansicht ist Huguenin schon früh entgegengetreten, indem er ausführte, allerdings für den höchstpersönlichen Genugtuungsanspruch, dass eine Ueberleitung des unvererblichen höchstpersönlichen Anspruchs in ein vererbliches Forderungsrecht in dem Moment als erfolgt anzusehen sei, wo sich der Wille, den Anspruch geltend zu machen, manifestiert habe¹.

Nebst dieser Hilfskonstruktion ist noch eine weitere möglich²: Der Anspruch behält seinen höchstpersönlichen Charakter und geht folglich beim Ableben oder der Auflösung unter. Die drohende Handlung jedoch kann den Tod oder die Auflösung überdauern und als Folge des Todes oder der Auflösung diejenigen Personen bedrohen, die in einer engen, sowohl rechtlichen, wie auch tatsächlichen Beziehung zum Verschiedenen³ stehen. Durch den Tod bedingt, bedroht die nämliche Handlung weitere Rechtssubjekte. Diese werden dadurch aktivlegitimiert. Als Rechtsnachfolger sind sie beim Tod des Erblassers so oder so in den Prozess einzubeziehen, um über die Kosten und Entschädigungsfolgen zu entscheiden⁴. Zugleich sind sie jedoch jetzt aktivlegitimiert.

De iure ist der zuerst eingeklagte Anspruch durch den Tod des Berechtigten untergegangen, de facto jedoch bei den Rechtsnachfolgern neu entstanden. Von einer Vererblichkeit im Sinne des Gesetzes kann somit nicht gesprochen werden, obwohl wir eine der Vererbung ähnliche Situation vor uns haben. In prozessrechtlicher Hinsicht hat sich der Tatbestand der Rechtsnachfolge im Prozess verwirklicht.

2. Vererblichkeit auf der Passivseite

Während es sich auf der Aktivseite um den Unterlassungsanspruch handelt, handelt es sich auf der Passivseite um die Unterlassungspflicht. Es stellt sich die Frage, inwieweit diese Pflicht überhaupt vererbbar ist. Egger⁵

1 R. Huguenin, S. 61 f

2 Vgl. dazu S. 126 f

3 In der Folge wird nur noch auf natürliche Personen bezug genommen, doch gelten diese Aussagen analog für die jur. Person.

4 M. Guldener, S. 335 / BGE 104 II 236

5 Egger N 74 zu ZGB 28

tritt, wie bereits erwähnt, bei allen Klagen aus ZGB 28 für die absolute Vererblichkeit auf der Passivseite ein.

Durch den Tod der beklagten Partei kann die Bedrohung durch die widerrechtliche Störungshandlung dahinfallen. Ist die Bedrohung mit dem Tod des Beklagten dahingefallen, so sind die Erben nur insoweit in den Prozess einzubeziehen, als über die Kosten und Entschädigungsfolgen zu entscheiden ist, da der Prozess an sich gegenstandslos geworden ist.

Besteht die Bedrohung nach dem Tode des Beklagten jedoch noch weiter (beispielsweise in Form eines Manuskriptes, eines Tonbandes usw.), so stehen wir vor der gleichen Situation wie bei der Vererblichkeit auf der Aktivseite. Allerdings ist die Unterlassungspflicht nicht mit dem Ableben des Beklagten untergegangen, um durch Weiterbestehen der Bedrohung bei seinen Erben neu zu entstehen, sondern vielmehr wird sie vererbt, da es sich um eine reine Forderungsklage handelt.

Wie bei der Beseitigungspflicht ist die subjektive Seite der Unterlassungspflicht irrelevant. Von Relevanz ist nur, dass überhaupt "unterlassen" wird.

Im Falle eines Prozesses kann somit derselbe gegen die Erben weitergeführt werden.

Zusammenfassend gelangt man folglich zur gleichen Ansicht wie Egger.

Eine Uebertragung des Unterlassungsanspruchs muss jedoch aufgrund der dem Anspruch zugrunde liegenden persönlichen Verhältnisse verneint werden.

G) Pfändbarkeit

Da nur Vermögensgegenstände pfändbar sind, stellt sich diese Frage beim Unterlassungsanspruch gar nicht.

H) Form

1. Unterlassungsurteil

Literatur¹ und Praxis² sind sich darüber einig, dass das durch das Unterlassungsurteil statuierte Verbot sich auf ein genügend bestimmbares Verhalten richten muss. Ein allgemeines Verbot zu erlassen, ist unzulässig. Ein erlassenes allgemeines Verbot ist von Amtes wegen auf den Gegenstand des Prozesses zu beschränken³.

Eine Vollstreckung des Verbotes sollte ohne nochmalige materielle Beurteilung durch den zuständigen Richter möglich sein⁴, ansonsten würden dem Vollstreckungs- oder Strafrichter, dem der Beklagte zur Bestrafung wegen Ungehorsams im Sinne von StGB 292 überwiesen wurde, diejenigen Aufgaben übertragen, deren Lösung Sache des Zivilrichters ist. Das Verbot ist so zu umschreiben, dass es vollstreckbar ist. Im Vollstreckungsverfahren dürfen nicht Fragen materieller Art entschieden werden⁵. Die gemäss StGB 292 angedrohte Ungehorsamsstrafe, im Falle der Zuwiderhandlung, ist ein Druck- und Beugemittel und nicht eine Strafe im Rechtssinne⁶. Jede einzelne Pflichtverletzung kann somit neu bestraft werden.

Es ist möglich, dass durch ein Verbot auch Erlaubtes untersagt wird, doch ist dies insoweit gerechtfertigt, als derjenige, der widerrechtlich zu handeln droht, sich Eingriffe gefallen lassen muss, die generell der Abwehr der Störung dienen⁷.

1 P. Jäggi, S. 182 a; Grossen, ZSR 79 II, S. 40 a; R. Schumacher, S. 175; F. Riklin, S. 411; Th. Merz, S. 93

2 BGE 56 II 437 / 78 II 292 f / 84 II 457 f / 97 II 93 / 97 II 108

3 BGE 97 II 94

4 BGE 97 II 93

5 BGE 100 II 180 f. In diesem Entscheid handelt es sich um die Verdeutlichung des Urteilsdispositivs von Amtes wegen, wobei die diesem Tatbestand zugrundeliegenden Fragen zur analogen Beurteilung herbeigezogen werden können.

6 Th. Merz, S. 90 und die in N 294 zit. Lit.

7 P. Jäggi, S. 182 a f

2. Einstweilige richterliche Verfügung

Der Zweck der Unterlassungsklage kann vielfach nur erreicht werden, wenn dem Kläger aufgrund einer sofortigen richterlichen Verfügung Schutz zukommt. Wie bereits im Zusammenhang mit der Beseitigungsklage¹ aufgeführt wurde, kann ein wirksamer Persönlichkeitsschutz nur erreicht werden, wenn dem Kläger nebst dem ordentlichen Zivilprozess eine weitere Möglichkeit offensteht, sofern die Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind.

Bei Liquidität der Widerrechtlichkeit kann der Richter in Form einer vorsorglichen Massnahme² ein Verbot, verbunden mit der Androhung der Ungehorsamsstrafe nach StGB 292 erlassen.

Bei Illiquidität der Widerrechtlichkeit darf der Anspruch nicht gutgeheissen werden. Materiell wird der Anspruch aus ZGB 28 abgeleitet, der nur dem unbefugte Bedrohten einen Schutzanspruch zu verschaffen mag.

I) Rechtliche Tragweite des Unterlassungsurteils

Das Unterlassungsurteil verpflichtet den Bedroher, Handlungen zu unterlassen, die die persönlichen Verhältnisse stören könnten. Damit jener seiner Unterlassungspflicht nachkommt, wird das Unterlassungsurteil oftmals mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verknüpft. Bei Nichtbeachtung der Unterlassungspflicht wird der Beklagte dem Strafrichter zur Bestrafung wegen Ungehorsams im Sinne von StGB 292 überwiesen, wobei dieser Richter nicht als Straf- sondern als Vollstreckungsrichter amtiert³.

Die materielle Rechtskraft des Urteils wirkt sich in positiver Hinsicht dahingehend aus, dass der Kläger bei jeder zukünftigen Pflichtverletzung Bestrafung verlangen kann. Erwächst ihm jedoch durch die Pflichtverletzung ein Schaden oder wird er besonders schwer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, so kann sich der Kläger in einem späteren Prozess auf

¹ Vgl. S. 132 ff.

² ZPO (ZH) § 110

³ Th. Merz, S. 90

In ZPO (ZH) § 306 ist die Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB vorgesehen.

das Unterlassungsurteil stützen, da Verletzung, Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang nicht mehr bestritten werden können.

Das Unterlassungsurteil wirkt sich indirekt auch noch auf das Verschulden aus, indem der Verstoss gegen das im Unterlassungsurteil statuierte Verbot eine Qualifikation des Verschuldens ermöglicht.

In negativer Hinsicht wirkt sich die materielle Rechtskraft dahingehend aus, dass bei erneuter Bedrohung des gleichen Rechtsgutes durch die gleiche Person eine wiederholte Geltendmachung des Anspruches ausgeschlossen ist.

K) Vollstreckung und Verjährung

Das Unterlassungsurteil ist wie jedes andere Leistungsurteil der Vollstreckung fähig, sofern einerseits die Zwangsvollstreckung und andererseits die Mittel dazu nicht eine zu starke Beeinträchtigung des Persönlichkeitsbereiches darstellen. Dies kann zu einem ausnahmsweisen Fehlen des Unterlassungsanspruches trotz gegebener Sachlegitimation führen¹. Bezüglich der Vollstreckungsmittel dürfte eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsbereiches selten gegeben sein, da es sich nur um indirekte Zwangsmittel (Busse, Ungehorsamsstrafe) handelt, die eine mittelbare psychische Wirkung erzeugen².

Der Unterlassungsanspruch kann aufgrund seiner höchstpersönlichen Natur nicht verjähren. Allerdings kann er untergehen, verwirken³, wenn beispielsweise die Bedrohung dahingefallen ist. Eine Geltendmachung des Anspruches müsste in diesem Falle als rechtsmissbräuchliches Verhalten qualifiziert und gemäss ZGB 2 abgewiesen werden.

1 Vgl. dazu S. 143 f / 156

2 Statt vieler Th. Merz, S. 97 f

3 Vgl. dazu S. 143 f / 156

L) Kasuistik

Wie bereits mehrfach erwähnt wurde¹, dient die folgende Fallzusammenstellung lediglich der Erläuterung von gewissen Problemen im Bereich der Unterlassungsklage. Keinesfalls erhebt diese Zusammenstellung den Anspruch auf Vollständigkeit.

Bestehende und zukünftige Störung:

- BlZR 26, 1927, Nr. 22, S. 51: "Um die Voraussetzungen für das begehrte Verbot auf Einstellung angeblich widerrechtlicher Auskündigungen oder Veranstaltungen zu begründen, muss eine vorausgegangene oder bestehende Störung festgestellt sein; sie bildet die Grundlage für das Begehren um Beseitigung. Die Klage ist also als eine einheitliche auf Unterlassung der Störung gerichtete aufzufassen."
- BlZR 30, 1931, Nr. 54, S. 101: "Diese Auffassung (bezüglich der Untersagungsklage) entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die dahin geht, dass Unterlassungsklagen nur dann zu schützen sind, wenn mit weitem bezüglichen Schritten des Schädigers gerechnet werden muss (vgl. BGE 48 II S. 16 und die daselbst angeführten früheren Entscheide). Das Bundesgericht hat nun allerdings in seinem ungedruckten Entscheide vom 6. November 1929 i.S. Steinmann gegen A.G. Kohlen- und Brikett-Vertrieb ausgeführt, auch darin könne auf eine Absicht weiterer Verbreitung solcher unwahrer Auskündigungen geschlossen werden, dass der Schädiger sich weigere, seine unwahren Behauptungen zurückzunehmen."
- BlZR 34, 1935, Nr. 178: Art. 28 ZGB gelangt dann zur Anwendung, wenn mit einer Wiederholung gerechnet werden muss. Bezüglich einer Zeitung ist das der Fall, wenn am Schluss des Artikels steht "Fortsetzung folgt".
- BlZR 43, 1944, Nr. 46: Eine unbefugte Veröffentlichung einer Photographie stellt eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse dar. Die Unterlassungsklage, mit der die weitere Verwendung des Bildes verhindert werden soll, ist gutzuheissen.

¹ Vgl. S. 73 ff. / 109 ff. / 144 ff. / 156 ff.

- BIZR 52, 1953, Nr. 195: Bestätigung der Rechtsprechung, die den Unterlassungsanspruch nur bei Gefahr künftiger Verletzungen in den persönlichen Verhältnissen zulassen will.
- BIZR 68, 1969, Nr. 67, S. 183: "Diese Leistungsklage im weiteren Sinne ist nur zulässig, wenn die behauptete widerrechtliche Handlung unmittelbar droht (Lit. - und Praxis-Hinweise)."
- ZBJV 92, 1956, S. 480: "Soweit sich der vorbeugende Rechtsschutz gegen die vorgesehene Veröffentlichung in der Presse zu richten hat, ist seine Durchsetzbarkeit mit dem Mittel der einstweiligen Verfügung in der Praxis längst anerkannt (ZBJV 56, S. 87). Fraglich ist einzig, ob mit dieser prozessualen Massnahme auch mündliche Aeussierungen gegenüber Dritten über die Beziehungen des Gesuchstellers zu Frau Sch. untersagt werden können. Dies ist zu bejahen. Der Gesuchsteller hat Anspruch auf Unterlassung jeder Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte. Dies gilt nicht nur für die Verletzungen, die mittels der Presse, sondern ebensogut für jene, die mit andern Mitteln, beispielsweise durch mündliche Weitertragung einer Ehrverletzung, begangen werden (Jud. - und Lit. -Hinweise)."
- ZBJV 96, 1960, S. 478: "Vielmehr muss der Vorbehalt des Gesuchgegners dahin verstanden werden, weitere Angaben über die Tätigkeit der Gebrüder Y. zu machen. Sie haben also weitere, ihre persönlichen Verhältnisse verletzende Angriffe zu erwarten. Gegen bevorstehende Störungshandlungen steht ihm ein Anspruch auf Unterlassung derselben zu. Das superprovisorisch verfügte Publikationsverbot ist darum zu bestätigen."
- BGE 95 II 501: "Es ist nicht gerechtfertigt, das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage dahin zu erweitern, dass eine Wiederholungsgefahr ohne weiteres angenommen würde, solange der Beklagte die Widerrechtlichkeit des begangenen Eingriffes bestreitet. Denn diese Stellungnahme lässt für sich allein nicht auf die Absicht weiterer Eingriffe schliessen."
- BGE 97 II 108: "Kummer weist jedoch zu Recht darauf hin, dass das Vorliegen einer Verletzungsgefahr notwendigerweise stets nur eine Vermutung darstellt und dass eine Unterlassungspflicht ohnehin nur indirekt vollstreckt werden kann, weshalb der Nachweis des Rechtsschutzinteresses leicht gemacht werden sollte (a. a. O., S. 110)."

- Praxis, Bd. 31, Nr. 103, S. 282: "Ob eine Wiederholung des Angriffs zu befürchten sei, beurteilt sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auf Grund des bisher bereits erfolgten Angriffs und der persönlichen und wirtschaftlichen Stellung der Parteien zueinander."

Verbote verbunden mit Rechtsnachteilen:

- BIZR 17, 1918, Nr. 152, S. 274: "Für die Vollstreckung eines gestützt auf Art. 28 ZGB erlassenen Verbotes gilt das kantonale Recht. § 293, Ziff. 2, der Zürcher ZPO bestimmt, dass in Verboten gegen bestimmte Personen Rechtsnachteile: Exekution, Ordnungsbusse oder Ueberweisung wegen Ungehorsams angedroht werden kann."
- BIZR 27, 1928, Nr. 163, S. 323: "Das Obergericht, an das der Beklagte die Berufung erklärte, hiess die Klage ebenfalls gut und untersagte dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsbusse und der Ueberweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams, in Zirkularen, Druckschriften oder ähnlichen Kundgebungen, über das von der Klägerin in den Handel gebrachte Schlichtemittel "Paracol" bezüglich dessen Herstellungskosten und der bei der Verwendung eintretenden Nachteile unwahre, sowie die Klägerin verletzende Behauptungen wie im Zirkular und der Druckschrift "Achtung und Warnung" vom Oktober 1924 aufzustellen."
- BIZR 29, 1930, Nr. 83, S. 83: "Aus diesen Erwägungen muss das erste Klagebegehren, das auf Untersagung der weiteren Führung des Titel "Textil-Journal" für die Fachzeitung der Beklagten geht, gutgeheissen werden. Der Kläger verlangt ferner, dass dem Beklagten, falls er dieser Anordnung nicht Folge leiste, Ordnungsbusse und im Wiederholungsfalle Ungehorsamsstrafe angedroht werde. Die Beklagte hat gegen die Zulässigkeit einer solchen Androhung nichts eingewendet. Es ist entgegen der bei Sträuli, Kommentar zu § 372 ZPO Anm. 4, wiedergegebenen Ansicht und dem dort zitierten Entscheid ZR III Nr. 144 und dem neueren ZR XXVI Nr. 34 pag. 81 auch nicht einzusehen, warum die Anordnung derartiger Rechtsnachteile nicht gleich durch den erkennenden Richter erfolgen kann, sondern ausschliesslich dem Vollstreckungsverfahren vorbehalten sein sollte."

- BIZR 39, 1940, Nr. 67, S. 133: "... , jedenfalls sei eine Klage auf Unterlassung gegen den Mitschuldigen der Ehefrau nur als Schutz gegen bestimmte drohende Eingriffe in das eheliche Verhältnis gegeben, weshalb eine genaue Bezeichnung der einzelnen Handlungen, deren künftige Unterlassung bei Vermeidung der anzudrohenden Ungehorsamsstrafe das Ziel der vorliegenden Klage bilde, gefordert werden müsse."
- SJZ 73, Nr. 40: In diesem Entscheid wird irrtümlich von einem Be-seitigungsanspruch gesprochen, obwohl es sich um einen Unterlassungs-anspruch handelt. Wichtig erscheint mir die beantragte Ausgestaltung des Verbotes zu sein: Verbot des telefonischen, wie auch des geschlechtlichen Kontaktes sowie Untersagung des gemeinsamen Besuches alkoholischer Gaststätten.
- BGE 78 II 292: "Ein Urteil, das den Beklagten zu einer Unterlassung verpflichtet, ist indessen sinnlos und darf daher nicht erlassen werden, wenn es nicht möglich ist, den Beklagten im Falle der Missachtung der Unterlassungspflicht ohne neuen Zivilprozess mit einer Sanktion zu bele-gen. Diese Möglichkeit besteht nur, wenn sich das zu unterlassende Ver-halten im Urteil so bestimmt umschreiben lässt, dass in der Folge ohne weiteres mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob die Handlungen des Beklagten unter das Verbot fallen oder nicht. Nur unter dieser Voraus-setzung darf die Verhängung der Sanktion dem Vollstreckungsrichter bzw. (da die Einhaltung einer Unterlassungspflicht in der Regel nicht durch direkten Zwang, sondern nur mittels Bestrafung wegen Ungehorsams durch-gesetzt werden kann) dem Strafrichter überlassen werden. Würde man Unterlassungsklagen auch in Fällen zulassen, wo das nach Zivilrecht Unerlaubte vom Erlaubten nicht zum voraus in derart bestimmter Weise abgegrenzt werden kann, so würde man dem Vollstreckungs- bzw. Straf-richter eine Aufgabe übertragen, deren Lösung dem Zivilrichter vorbe-halten bleiben muss."
- BGE 88 II 240: "Dem Verfasser eines Unterlassungsbegehrens kann zuge-mutet werden, dass er die zu unterlassenden Handlungen genau bezeichne, und zwar durch Angabe tatsächlicher Merkmale, nicht bloss durch ihre rechtliche Würdigung z.B. "unerlaubte Handlungen" oder "Boykott". "

- BGE 97 II 92: In diesem Entscheid wird die langjährige Praxis (56 II 437, 78 II 292 f, 84 II 457 f) des Bundesgerichtes bestätigt, dass Unterlassungsklagen auf das Verbot eines genau umschriebenen Verhaltens gerichtet sein müssen. Ohne nochmalige materielle Beurteilung der Sache muss das Verbot vollstreckt werden können.
- BGE 100 II 177: Analog der Verdeutlichung des Urteilsdispositivs von Amtes wegen, um die Vollstreckung zu gewährleisten, muss eine Verdeutlichung der Unterlassungspflichten erfolgen.
- Praxis, Bd. 42, Nr. 3, S. 11: "Ein Urteil, das den Beklagten zu einer Unterlassung verpflichtet, ist indessen sinnlos und darf daher nicht erlassen werden, wenn es nicht möglich ist, den Beklagten im Falle der Missachtung der Unterlassungspflicht ohne neuen Zivilprozess mit einer Sanktion zu belegen."

DRITTER TEIL: VERGLEICHENDE GEGENUEBERSTELLUNG

§ 8 UNTERSCHIEDE IN DEN VORAUSSETZUNGEN DER ANSPRUECHE

A) Allgemein

Die Zusammenfassung der bisherigen Ausführungen dient gleichzeitig als Gegenüberstellung der einzelnen Rechtsinstitute. Mit der Gegenüberstellung sollen Gemeinsamkeiten und Abweichungen der einzelnen Ansprüche aufgezeigt werden. Diese systematischen Abweichungen ermöglichen anschließend eine rechtliche Wertung auch in bezug auf die sich daraus ergebenden Folgerungen.

B) Rechtsnatur der Ansprüche

1. Genugtuung

Der Anspruch auf Genugtuung als höchstpersönlicher Rechtsanspruch erweist sich vor allem als Ausgleichsanspruch. Er kann nicht als Ersatz qualifiziert werden, da eine Wiederherstellung der verletzten persönlichen Verhältnisse von der Natur des verletzten Gutes her nicht möglich ist. Er vermag lediglich ein Gegengewicht zur immateriellen Unbill zu verschaffen¹.

2. Schadenersatz

Die Rechtsnatur des Schadenersatzanspruches ergibt sich aus dessen Terminologie. Als reines Forderungsrecht will er dem Geschädigten Ersatz in Form von Geld oder Naturalersatz verschaffen, für den durch die Verletzung der persönlichen Verhältnisse eingetretenen wirtschaftlichen Nachteil².

¹ Vgl. S. 24 ff.

² Vgl. S. 88

3. Beseitigung

Der Beseitigungsanspruch als höchstpersönlicher Rechtsanspruch erweist sich seiner rechtlichen Art nach als Wiederherstellungsanspruch, indem er die durch die Verletzung der persönlichen Verhältnisse eingetretene Verminderung der Persönlichkeit aufheben will¹.

4. Feststellung

Bedingt durch die Natur des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses handelt es sich beim Feststellungsanspruch um einen höchstpersönlichen Anspruch, dessen Zweck die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung der persönlichen Verhältnisse ist. Mit weitem aus der nämlichen Verletzung hervorgegangenen Ansprüchen beschäftigt sich der Feststellungsanspruch nicht².

5. Unterlassung

Das Unterlassen von Handlungen, die zu Störungen der persönlichen Verhältnisse führen können, weist auf die höchstpersönliche Natur des Anspruchs hin. So verstanden, charakterisiert sich der Anspruch als Präventivklage, mit der künftige Verletzungen verhindert werden können.

6. Zusammenfassung

Uebereinstimmend befassen sich alle die auf ZGB 28 basierenden Rechtsmittel mit dem Schutz der Persönlichkeit, wobei sämtliche Ansprüche ausgenommen der Schadenersatzanspruch höchstpersönliche Ansprüche sind. Verschieden sind sie vor allem in ihrer Funktion. Die verschiedenen Funktionen stellen die logische Folge des Aufbaues des Persönlichkeitsschutzes dar. Eine graphische Darstellung soll einerseits den Ursprung des rechtswidrigen Zustandes mit den daraus resultierenden Folgen aufzeigen, anderer-

1 Vgl. S. 119 f

2 Vgl. S. 151 f

seits soll der Einsatz der Schutzmittel bezüglich Zeit und Funktion dargestellt werden¹.

C) Anspruchsvoraussetzungen

1. Verletzung der persönlichen Verhältnisse

Als grundlegende Voraussetzung aller vorgängig untersuchten Rechtsmittel kann die Verletzung der persönlichen Verhältnisse aufgeführt werden.

Dies trifft bezüglich der Unterlassungsklage nur in dem Falle zu, wo eine Wiederholung weiterer Rechtsverletzungen droht. Trotzdem ist die Verletzung nicht eine absolute Voraussetzung zur Begründung des Anspruches, es kann eine Bedrohung der persönlichen Verhältnisse genügen. Dies dürfte in der Regel wohl der Hauptanwendungsfall des Unterlassungsanspruchs bilden².

Währenddem für den Genugtuungsanspruch eine gewisse Erheblichkeit der Verletzung ("besondere Schwere der Verletzung") vorausgesetzt ist³, wirkt beim Beseitigungs-, Feststellungs- und Schadenersatzanspruch die Verletzung resp. der Schaden an sich bereits anspruchsbegründend. Das "minima non curat praetor" wird vor allem bei der Schadenersatz- und Genugtuungsklage zum Ausdruck gebracht.

2. Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang

Generell wird die Widerrechtlichkeit⁴ der Verletzung der persönlichen Verhältnisse und ein adäquater Kausalzusammenhang vorausgesetzt.

3. Verschulden

Sowohl für den Genugtuungs- wie auch für den Schadenersatzanspruch ist

1 Vgl. Anhang D

2 Vgl. S. 165 f

3 Vgl. S. 36 ff.

4 Vgl. S. 8

das Verschulden des Verursachers Anspruchsvoraussetzung, wobei der Gesetzgeber nicht nur ein Verschulden, sondern ein qualifiziertes Verschulden verlangt. Die Anspruchsvoraussetzung ist dann gegeben, wenn eine besondere Schwere des Verschuldens vorliegt. In der Praxis wird somit der Anwendungsbereich der beiden Rechtsmittel auf die Fälle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beschränkt¹.

Für alle andern aus ZGB 28 fließenden Klagen bildet das Verschulden keine Anspruchsvoraussetzung. Handelt der Verursacher trotzdem schuldhaft, so wird dies in anderem Zusammenhang relevant, indem dann die Voraussetzungen der Genugtuungs- respektive der Schadenersatzklage erfüllt sein können. Die Weigerung zu "beseitigen", zu "unterlassen" oder die "weitere Bestreitung" eines Rechtsverhältnisses beeinflussen vor allem das Verschulden, da der Verletzer von diesem Zeitpunkt an vorsätzlich handelt. Dieses vorsätzliche Handeln drückt sich dann in einer hohen Genugtuung oder im Ersatz des ganzen Schadens aus.

4. Weitere Voraussetzungen

Die weiteren Anspruchsvoraussetzungen sind jeweils den spezifischen Klagefunktionen angepasst. Generell für alle Ansprüche ist das Interesse des Klägers - Rechtsschutzinteresse - an der Klage vorausgesetzt².

Bei der Feststellungsklage jedoch muss noch ein besonderes Feststellungsinteresse vorhanden sein. Es ist dies das Interesse des Trägers des verletzten Persönlichkeitsgutes an der sofortigen Feststellung der Rechtslage³.

In Anlehnung an dieses spezielle Interesse wird von der Literatur vielfach auch die Meinung vertreten, dass die Beseitigungsklage ein besonderes Beseitigungsinteresse voraussetze⁴.

1 Vgl. S. 42 ff. / 96 f

2 R. Schumacher, S. 171

3 Vgl. S. 152 f

4 Vgl. S. 122

In BGE 104 II 4 hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass dieses sogenannte Beseitigungsinteresse rein subjektiver Natur ist. Aus diesem Grund fällt das Beseitigungsinteresse als objektive Klagevoraussetzung dahin.

Objektiv vorausgesetzt ist beim Beseitigungsanspruch die tatsächliche Möglichkeit der Beseitigung, entweder der Störungsursache, sofern dies noch möglich ist oder aber des Störungszustandes¹.

Die Schadenersatz-, wie auch die Unterlassungsklage, sind nicht an weitere Voraussetzungen gebunden.

Der Genugtuungsanspruch setzt nebst den bereits erwähnten Voraussetzungen ein spezielles Genugtuungsbedürfnis voraus². Obwohl dieses Bedürfnis rein subjektiver Natur ist, bildet es dennoch eine Klagevoraussetzung, da ohne diese spezielle Voraussetzung die rechtliche Art des Genugtuungsanspruches in Frage gestellt wäre.

D) Aktivlegitimation

Grundsätzlich ist nur der in seinen persönlichen Verhältnissen Verletzte oder Bedrohte anspruchsberechtigt. Mittelbar Verletzten oder Bedrohten steht kein Anspruch zu. Indirekte Beeinträchtigungen hervorgerufen durch die Verletzung persönlicher Verhältnisse anderer Personen sind unserer Rechtsordnung unbekannt³. Gerade im Bereich der teilweise indifferenten persönlichen Verhältnisse besteht die Möglichkeit, dass gewisse Personen, die in tatsächlicher oder auch rechtlicher Hinsicht in einer engen Beziehung zur verletzten Person stehen ebenfalls in ihren eigenen persönlichen Verhältnissen verletzt werden können. Sie sind somit nicht aus einer Reflexwirkung klageberechtigt, sondern sie klagen aus eigenem Recht.

Anspruchsberechtigt sind nebst den natürlichen urteilsfähigen und urteilsunfähigen Personen auch die juristischen Personen und die Personenmehrhei-

1 Vgl. S. 121 f

2 Vgl. S. 38

3 Vgl. S. 49 ff.

ten ohne juristische Persönlichkeit, letztere allerdings unter Berücksichtigung von ZGB 53. Dieser Grundsatz gilt nicht uneingeschränkt für alle aus ZGB 28 fließenden Ansprüche.

Vor allem der Anspruch auf Genugtuung bedarf dahingehend einer näheren Erläuterung. Nach seiner rechtlichen Art erweist sich der Genugtuungsanspruch als Ausgleichsanspruch, der ein spezielles Genugtuungsbedürfnis voraussetzt. Ein solches Genugtuungsbedürfnis kann aber nur solchen Personen zukommen, die eine immaterielle Unbill in tatsächlicher Hinsicht auch erleiden können. Gefühl, Seele usw. als Attribute können nur bei denjenigen Personen verletzt werden, die ihrer auch teilhaftig sind. Bei einer juristischen Person kann nicht von Gefühl, Seele usw. und deren Verletzung gesprochen werden. Ebenfalls kann eine natürliche urteilsunfähige Person nicht in ihrem Gefühlsleben verletzt werden, nicht weil sie gar keines hat, sondern weil sie Gefühle noch gar nicht erfassen kann. Würde man ihr trotzdem eine Genugtuung zukommen lassen, so wäre dies eine Zweckentfremdung derselben.

E) Passivlegitimation

Da nur der Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch ein Verschulden voraussetzen, im Gegensatz zu den übrigen Ansprüchen, erweist sich eine Trennung als notwendig.

1. Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsanspruch

Sowohl der Beseitigungs-, Unterlassungs- wie auch der Feststellungsanspruch setzen kein Verschulden voraus. Einzige Voraussetzung der Passivlegitimation nebst der Kausaladäquanz bildet die Widerrechtlichkeit, wobei bezüglich des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruches nur derjenige widerrechtlich handelt, der die Möglichkeit hat zu beseitigen¹ respektive zu unterlassen².

1 Vgl. S. 124 f

2 Vgl. S. 167

Passivlegitimiert sind somit folgende Personen:

Juristische Personen, Personenverbände ohne juristische Persönlichkeit, natürliche urteilsfähige wie auch urteilsunfähige Personen und Personen, die in entschuldbarem Irrtum handeln.

2. Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch

Grundsätzlich ist derjenige, der den Schaden beziehungsweise die immaterielle Unbill widerrechtlich und schuldhaft verursacht hat, passivlegitimiert¹. Dies trifft jedoch nur für eine verletzte Person zu. Kommen mehrere in Betracht, so stellt sich die Frage, ob sie der Haftung aus Verschulden oder der Kausalhaftung unterstehen.

Haben mehrere gemeinsam und schuldhaft einen Schaden respektive immaterielle Unbill verursacht, so haften sie gemäss OR 50 solidarisch². Aufgrund des Verschuldens erfolgt eine Differenzierung der Verursacher, indem anhand der missachteten Sorgfaltspflichten der oder die Verursacher bestimmt werden.

Für den Verletzten besteht aufgrund von OR 55 und ZGB 55 die Möglichkeit, weitere Personen ins Recht zu fassen. Der Geschäftsherr ist nach OR 55 dann passivlegitimiert, wenn seine Hilfsperson in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtung einen Schaden oder immaterielle Unbill verursacht und er die nach den Umständen gebotene Sorgfalt nicht aufgewendet hat, um den Schaden beziehungsweise die immaterielle Unbill zu verhindern³. Nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen⁴ können als Geschäftsherr auftreten, wobei jeweils abgeklärt werden muss, ob der in der dienstlichen Verrichtung Handelnde als Hilfsperson oder als Organ zu betrachten ist. Weist der Verletzte Organqualität auf, so richtet sich die Haftung nach ZGB 55 andernfalls nach OR 55. Obwohl Verschulden und somit Urteilsfähigkeit eine Voraussetzung der Passivlegitimation bildet, kann ein

1 Vgl. S. 53 f für Genugtuung und S. 99 ff. für Schadenersatz

2 Vgl. S. 99 ff.

3 Vgl. S. 101

4 Sowohl jur. Personen des öffentlichen wie auch des priv. Rechts.

Urteilsunfähiger aufgrund von OR 54 zur Zahlung einer Genugtuung verpflichtet werden¹.

F) Vererblichkeit und Uebertragbarkeit

1. Vererblichkeit auf der Aktivseite

a) Klage auf Genugtuung, Beseitigung, Feststellung und Unterlassung

Generell gehen Persönlichkeitsrechte und die damit verbundenen Rechte beim Tod der natürlichen Person oder bei Auflösung der juristischen Person unter. Die Ansprüche auf Genugtuung, Beseitigung, Feststellung und Unterlassung sind, wie bereits erwähnt², höchstpersönliche Rechte. Sie sollten demzufolge beim Tod oder bei der Auflösung untergehen. Diese Rechtslage vermag jedoch nicht zu befriedigen. Man gelangte deshalb zu folgender Lösung: Sobald der in den persönlichen Verhältnissen Verletzte seinen Willen, den Anspruch geltend zu machen, kund tut, verliert der Anspruch seinen höchstpersönlichen Charakter und wird zu einem reinen vererblichen Forderungsrecht. Dies trifft sicherlich bezüglich des Genugtuungsanspruches zu³.

Beim Tod der natürlichen Person oder bei Auflösung der juristischen Person geht die Störungsursache bzw. der Störungszustand, die drohende Handlung und das behauptete oder bestrittene Rechtsverhältnis nicht unter.

Bedingt durch ihr Ueberdauern können sie wiederum Wirkung bei denjenigen Personen entfalten, die in einer engen sowohl rechtlichen wie auch tatsächlichen Beziehung, zum Verstorbenen bzw. zur aufgelösten juristischen Person stehen. De jure gehen die Ansprüche bei Tod oder Auflösung unter, de facto jedoch haben wir einen der Vererbung ähnlichen Zustand vor uns.

Ist der Prozess bereits hängig, so sind die Rechtsnachfolger in den Prozess einzubeziehen zwecks Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolge.

¹ Vgl. S. 54

² Vgl. S. 30 / 120 / 151 f / 165

³ Vgl. S. 54 ff.

Entfallen nun die untergegangenen Ansprüche Wirkungen bei ihnen, so scheint es aus prozessökonomischen Gründen richtig, den Rechtsnachfolgern zu gestatten, den Prozess weiterzuführen. Wir haben somit eine Rechtsnachfolge im Prozess vor uns.

b) Schadenersatzklage

Der Schadenersatzanspruch als Vermögensanspruch ist aktiv vererbbar¹.

2. Vererblichkeit auf der Passivseite

a) Klage auf Beseitigung und Unterlassung

Während man auf der Aktivseite vom Beseitigungs- respektive Unterlassungsanspruch spricht, hat man es auf der Passivseite mit der Beseitigungsbe beziehungsweise Unterlassungspflicht zu tun. Nach dem Tode oder der Auflösung der beklagten Partei kann die Störungsursache oder der Störungszustand und die Bedrohung verschwinden. Sie sind dann ebenfalls untergegangen und mit ihnen die daraus resultierende Pflicht (Beseitigungs- oder Unterlassungspflicht).

Wie auf der Aktivseite kann aber die Störungsursache eventuell der Störungszustand oder die Bedrohung den Untergang der Passivseite überdauern².

Wir haben den analogen Zustand vor uns wie beim Untergang der Aktivseite. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass die Pflicht nicht untergeht, um beim Rechtsnachfolger wieder neu zu entstehen, sondern dass sie aufgrund ihrer rechtlichen Art - reine Forderungsklage - auf den Rechtsnachfolger übergeht. In einem bereits hängigen Prozess findet somit eine Parteinachfolge auf der Passivseite statt.

1 Vgl. S. 104

2 Vgl. S. 127 / 168 f

b) **Klage auf Schadenersatz und Genugtuung**

Das pönale Moment beim Anspruch auf Genugtuung ist in dieser Darstellung von sekundärer Natur¹. Dadurch wird der Anspruch passiv vererblich. Es spielt letzten Endes keine Rolle, wer die Genugtuung bezahlt, sei es der Verursacher oder sein Rechtsnachfolger, wichtig ist nur, dass überhaupt eine Geldleistung erbracht wird. Nach ihrer rechtlichen Art erweist sich die Genugtuung aus der Sicht des Schuldners als Forderungsrecht.

Gleiches gilt für den Schadenersatzanspruch. In den meisten Fällen nämlich wird die wirtschaftlich erfassbare Vermögensverminderung nicht durch den Haftpflichtigen, sondern durch dessen Haftpflichtversicherer erbracht. Die Frage der passiven Vererblichkeit dürfte sich somit geklärt haben.

c) **Klage auf Feststellung**

Durch ein Feststellungsurteil kann der Beklagte nicht zu einer Leistung verpflichtet werden². Somit stellt sich die Frage der passiven Vererblichkeit gar nicht. Auch beim Tod oder bei der Auflösung der beklagten Partei besteht der Anspruch auf Feststellung des Rechtsverhältnisses noch.

3. Uebertragbarkeit

Bezüglich der Uebertragbarkeit der Ansprüche ist das unter der Vererblichkeit Ausgeführte analog herbeizuziehen. Beseitigungs-, Feststellungs- und Unterlassungsanspruch können aufgrund ihrer Rechtsnatur nicht übertragen werden.

Weder durch die Natur des Anspruches noch durch eine gesetzliche Bestimmung ist die Uebertragbarkeit des Genugtuungsanspruches ausgeschlossen. Vorausgesetzt ist nur eine vorhergehende Geltendmachung, die den höchstpersönlichen Anspruch in eine Forderungsklage umwandelt. Dieser Umwandlung bedarf der Schadenersatzanspruch nicht, da er als Vermögens-

1 Vgl. S. 24 ff.

2 Vgl. S. 154

recht der unbeschränkten Verfügbarkeit des Berechtigten unterliegt.

G) Pfändbarkeit

SchKG 92 Ziff. 10: "Unpfändbar sind: Die Pensionen und Kapitalbeträge, welche als Entschädigung für Körperverletzung oder Gesundheitsstörung dem Betroffenen oder, im Falle seines Todes, seiner Familie geschuldet werden oder ausbezahlt worden sind."

Aufgrund dieses Wortlautes sind weder Genugtuungsansprüche noch Schadenersatzansprüche pfändbar. Bezüglich Beseitigungs-, Feststellungs- und Unterlassungsanspruch stellt sich die Frage der Pfändbarkeit gar nicht, da es sich bei ihnen nicht um Vermögenswerte handelt.

H) Form

1. Genugtuung

Nach der dieser Darstellung zugrundeliegenden Ansicht kommt als Genugtuungsmittel im Bereich von OR 49 nur Geld in Frage, obwohl allgemein anerkannt ist, dass es sich um ein unvollkommenes Mittel handelt. Die Praxis erkennt regelmässig auf einen Kapitalbetrag, obwohl auch eine Rente möglich wäre¹.

2. Schadenersatz

Definitionsgemäss stellt Schaden eine Vermögensverminderung dar, die mittels eines Aequivalents ausgeglichen werden muss. Bei den dieser Arbeit zugrunde liegenden Tatbeständen kommt nebst Geldleistung auch Naturalrestitution in Frage².

1 Vgl. S. 57

2 Vgl. S. 104 f

3. Beseitigung

Bedingt durch den zu beseitigenden Zustand oder die Ursache kann die Form der Beseitigung relativ verschieden gestaltet sein. Man muss sich immer wieder vor Augen halten, dass der Beseitigungsanspruch Restitutionscharakter besitzt. Diese Funktion kann der Anspruch mittels der Urteilspublikation¹, der Gegendarstellung², der Berichtigung³ und des Widerrufs⁴ erfüllen.

4. Feststellung

Der Feststellungsanspruch kann aufgrund seiner Rechtsnatur und Funktion nur in einem Urteil bestehen, in welchem der Richter über die Widerrechtlichkeit oder die Rechtmässigkeit der Verletzung der persönlichen Verhältnisse entscheidet. Die Ausgestaltung dieses Urteils kann jedoch verschiedenartig sein. Diese formellen Unterschiede, die nicht von materieller Tragweite sind, können verschiedene Formen des Feststellungsanspruches hervorgerufen. Gerichtliche Missbilligung, franc symbolique und auch die Ehrenerklärung werden somit zu Formen des Feststellungsanspruches⁵.

5. Unterlassung

Die Wirksamkeit des Unterlassungsanspruches hängt vielfach von der mit dem speziellen Verbot verbundenen Ungehorsamsstrafe nach StGB 292 zusammen. Dieses Druck- und Beugemittel tritt zusammen mit dem spezifischen Verbot auf, das aufgrund eines Urteils oder einer einstweiligen richterlichen Verfügung ergangen ist. Bei gegebenen Anspruchsvoraussetzungen erscheint somit der Anspruch entweder als Verbot ausgesprochen

1 Vgl. S. 128 f

2 Vgl. S. 132 ff.

3 Vgl. S. 140 f

4 Vgl. S. 142

5 Vgl. S. 154 f

in einem Unterlassungsurteil¹ oder als Verbot in Form einer vorsorglichen Massnahme².

6. Zusammenfassung

Dadurch, dass es sich bei allen Klagen ausser der Feststellungsklage um Leistungsklagen handelt, kommt jeweils in der Form des Anspruches die Leistung zum Ausdruck, wobei die Leistung durch die Rechtsnatur und Funktion des jeweiligen Anspruches bedingt ist.

I) Vollstreckung und Verjährung

1. Vollstreckung

Bei der Schadenersatz-, der Genugtuungs-, der Unterlassungs- und der Beseitigungsklage handelt es sich um Leistungsklagen, die der Vollstreckung fähig sind, sofern die Vollstreckungsmittel und die Vollstreckung selbst nicht zu einer zu starken Beeinträchtigung der Persönlichkeit führen³.

Einzig die Feststellungsklage ist nicht vollstreckbar, da sie nur über das Rechtsverhältnis entscheidet und nicht über die daraus fliessenden Ansprüche⁴.

2. Verjährung

a) Genugtuungs- und Schadenersatzanspruch

Sowohl der Genugtuungs- wie auch der Schadenersatzanspruch verjähren innerhalb eines Jahres von dem Zeitpunkt an, wo sämtliche Elemente des Schadens respektive der Genugtuung bekannt sind, spätestens jedoch nach Ablauf von zehn Jahren vom Tage der Verletzung an gerechnet (OR 60 I)⁵.

1 Vgl. S. 170

2 Vgl. S. 171

3 Vgl. S. 63 / 109 / 143 f / 172

4 Vgl. S. 156

5 Vgl. S. 63 / 109

b) Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsanspruch

Sowohl beim Beseitigungs-,¹ beim Unterlassungs-² wie auch beim Feststellungsanspruch³ handelt es sich um höchstpersönliche Rechte, die dem Menschen um seiner selbst willen zustehen und demzufolge nicht verjähren.

Sie gehen entweder mit dem Tod des Trägers oder falls es sich um eine juristische Person handelt mit deren Auflösung unter. Der Untergang der Ansprüche hängt nicht nur vom Tod respektive von der Auflösung des Trägers ab, sondern sie können auch durch Zeitablauf untergehen, sie verwirken, obwohl von einer Verwirkung im gesetzestechnischen Sinn nicht gesprochen werden kann⁴.

Art. 2 ZGB greift überall dort Platz, wo keine gesetzliche oder vertragliche Befristung vorliegt, wo jedoch eine Geltendmachung nach Ablauf einer bestimmten Zeit einen Rechtsmissbrauch darstellen würde.

§ 9 RECHTSLOGISCHES VERHAELTNIS DER ANSPRUECHE ZUEINANDER

A) Das Verhältnis des Unterlassungsanspruches zum:

1. Feststellungsanspruch

Insofern sich der Unterlassungsanspruch gegen eine drohende noch nicht erfolgte Verletzung richtet, schliessen sich dieses Rechtsmittel und die Feststellungsklage aus. M.E. kann nicht von einem Ausschluss an sich gesprochen werden, wenn sich eine Anspruchsvoraussetzung noch nicht realisiert hat. Die Feststellungsklage erschöpft sich in der Feststellung einer rechtlichen Gebundenheit oder einer Rechtspflicht. Wird darüber hinausgegangen, so liegt eine Leistungsklage allenfalls eine Gestaltungsklage vor.

1 Vgl. S. 143 f

2 Vgl. S. 172

3 Vgl. S. 156

4 Vgl. S. 143 f

Gemeinsam können sie geltend gemacht werden im Falle der Wiederholung einer Verletzung, indem zuerst mittels der Feststellungsklage die Widerrechtlichkeit der Verletzung festgestellt und anschliessend die Unterlassungsklage geltend gemacht wird¹ (auf das Problem der zweimaligen Klagemöglichkeit wird unter B. 1. eingetreten werden). Von einem Verhältnis der Subsidiarität kann nicht gesprochen werden².

2. Beseitigungsanspruch

Wie im Verhältnis zum Feststellungsanspruch schliessen sich Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegenseitig aus, sofern sich der Unterlassungsanspruch gegen eine drohende noch nicht erfolgte Verletzung richtet. Droht jedoch die Wiederholung der Verletzung, einer mit Erfolg geltend gemachten Beseitigungsklage, so können beide Klagen gemeinsam geltend gemacht werden, indem einerseits auf Unterlassung und andererseits auf Beseitigung der Störungsursache geklagt wird. Eine Fernsehsehung wird beispielsweise bei Gutheissung beider Klagen einerseits nicht wieder gesendet und andererseits werden gleichzeitig die Unterlagen zur Sendung vernichtet.

Ist die Ursache und damit der Zustand beseitigt, so kann u.U. auch die Bedrohung der Wiederholung und damit der Unterlassungsanspruch dahinfallen. Dies ist jedoch nicht grundsätzlich der Fall.

Die Beseitigungsklage schliesst somit die Unterlassungsklage nicht aus.

3. Schadenersatzanspruch

Wie beim vorausgegangenen Anspruch schliesst die Unterlassungsklage, die sich gegen eine drohende erstmalige Verletzung richtet, den Schadenersatzanspruch aus.

1 Anderer Meinung ist Riklin (S. 417) der betont, dass es s.E. unmöglich sei, in bezug auf ein und dieselbe Handlung neben der Feststellungsklage ein anderes Schutzmittel geltend zu machen (Konsumtion).

2 R. Schumacher, S. 172 N 8 ; F. Riklin, S. 417

Analog wie beim Beseitigungsanspruch können jedoch im Falle der Wiederholung beide Ansprüche geltend gemacht werden. Der Schadenersatz nimmt bezug auf die bereits erfolgte Verletzung, währenddem der Unterlassungsanspruch über die gehabte schwere Verletzung, hinaus greift, um einer eventuell neuen drohenden Verletzung vorzubeugen.

Mit dieser Präventivfunktion kann der Unterlassungsanspruch zukünftigen Schaden teilweise verhindern, indem die den Schaden verursachende Ursache gar nicht angewendet werden darf.

Trotz dieser Ueberschneidung schliesst die Geltendmachung der Schadenersatzklage den Unterlassungsanspruch nicht aus, und auch umgekehrt ist dies nicht der Fall.

4. Genugtuungsanspruch

Analog dem Verhältnis Unterlassungsanspruch: Beseitigungsanspruch und Unterlassungsanspruch : Schadenersatzanspruch ist das Verhältnis Unterlassungsanspruch : Genugtuungsanspruch zu beurteilen. Solange noch keine Verletzung stattgefunden hat, schliesst die Geltendmachung der Unterlassungsklage die Genugtuungsklage wegen fehlender Anspruchsvoraussetzung aus. Bei drohender Wiederholung kann einerseits die Genugtuungsklage geltend gemacht werden, um die durch die eingetretene schwere Verletzung entstandene seelische Unbill auszugleichen und andererseits kann gleichzeitig die Unterlassungsklage angehoben werden.

Analog zum Schadenersatzanspruch vermag der Unterlassungsanspruch weitere seelische Unbill zu verhindern. Trotzdem schliessen sich die beiden Ansprüche gegenseitig nicht aus, da auch die Geltendmachung der Genugtuungsklage weitere Verletzungen nicht verhindern kann. Auch in diesem Falle bewirkt die gemeinsame Geltendmachung der Klagen einen optimalen Persönlichkeitsschutz.

5. Zusammenfassung

Wird die Unterlassungsklage als Präventivklage im Sinne der Abwehr einer drohenden erstmaligen Verletzung angewendet, so beschäftigt sie sich mit dem drohenden Eingriff und schliesst logischerweise alle andern Ansprüche, die sich im weitesten Sinne mit den Folgen der Verletzung beschäftigen, aus.

Bei stattgefundener und erneut drohender Verletzung kann der Unterlassungsanspruch gemeinsam mit jedem andern Anspruch geltend gemacht werden, da er die Funktionen der andern Ansprüche nicht erfüllen kann und umgekehrt die anderen Schutzmittel eine weitere Verletzung nicht verhindern können.

B) Das Verhältnis des Feststellungsanspruches zum:

1. Beseitigungsanspruch

Bei diesem und den folgenden zu untersuchenden Verhältnissen scheint es dem Autor notwendig, die Abhängigkeit der verschiedenen Ansprüche zum Feststellungsanspruch nach zwei Seiten hin zu untersuchen. Einerseits soll der rein theoretische Bereich andererseits die Praxis dargelegt werden.

Rein theoretisch wäre es möglich, zuerst auf Feststellung und später mit einer zweiten Klage auf Beseitigung usw. zu klagen. An diese Erwägungen anknüpfend, würde die Geltendmachung des Feststellungsanspruches die Geltendmachung der Beseitigungsklage nicht ausschliessen, wohl aber umgekehrt, da bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen der Richter auch über die Widerrechtlichkeit zu entscheiden hätte und somit in materieller Hinsicht ein Feststellungsurteil fällen würde.

In der Praxis dürfte sich dieses Problem nicht stellen, denn wer kommt schon auf die Idee, zweimal nacheinander zu klagen. Logischerweise erfolgt somit eine Konsumtion des Feststellungsanspruches, wenn die Ansprüche nebeneinander geltend gemacht werden.

2. Schadenersatzanspruch

Analog dem Verhältnis zum Beseitigungsanspruch kann die Feststellungsklage immer dann geltend gemacht werden, wenn der Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden könnte. Trotzdem besteht kein Verhältnis der Subsidiarität. Die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches schliesst jedoch diejenige des Feststellungsanspruches aus den bereits dargelegten Gründen aus.

3. Genugtuungsanspruch

Sind die Voraussetzungen des Genugtuungsanspruches erfüllt, so sind es auch diejenigen des Feststellungsanspruches. Die Geltendmachung der Feststellungsklage schliesst die Geltendmachung des Genugtuungsanspruches nicht aus, wohl aber umgekehrt. In der Praxis erfolgt Konsumtion.

4. Zusammenfassung

Gerade im Verhältnis der Feststellungsklage zu den übrigen Schutzmitteln zeigt sich deren Verschiedenheit auf. Sobald die Voraussetzungen für eine Leistungsklage vorhanden sind, kann die Feststellungsklage auch geltend gemacht werden. Trotzdem herrscht kein Verhältnis der Subsidiarität. Es steht der klägerischen Partei theoretisch frei, entweder anstelle einer Leistungsklage die Feststellungsklage oder als erstes die Feststellungsklage mit anschliessender Leistungsklage zu erheben. Wurde jedoch auf Leistung geklagt, so kann nicht mehr auf Feststellung geklagt werden, da der Richter bei einer Leistungsklage das dem Anspruch zugrunde liegende Rechtsverhältnis bereits beurteilt hat. Der nachträglichen Feststellungsklage könnte mit der Einrede der "abgeurteilten Sache" entgegengetreten werden.

C) Das Verhältnis des Beseitigungsanspruches zum:

1. Schadenersatzanspruch

Sowohl der Schadenersatz- wie auch der Beseitigungsanspruch besitzen Restitutionscharakter, jedoch nehmen sie auf unterschiedliche Bereiche bezug.

Währenddem die Schadenersatzklage den ökonomischen Nachteil aufzuheben vermag, wird mit der Beseitigungsklage die Störungsursache respektive der Störungszustand beseitigt.

Mit dieser Beseitigung könnte unter Umständen ein zukünftiger Schaden verhindert werden. M. E. dürfte dies jedoch selten der Fall sein. Trotz Erfolg einer Beseitigungsklage oder gerade wegen der mit dem Erfolg verbundenen Publizität tritt oftmals ein Schaden ein.

Ist ein Vermögensnachteil aufgrund einer Verletzung der persönlichen Verhältnisse entstanden und sind die Klagevoraussetzungen erfüllt, so sind Beseitigungs- und Schadenersatzklage gemeinsam zu erheben, um sowohl auf ideeller wie auf materieller Basis den Zustand wiederherzustellen, wie er vor der Verletzung bestand¹.

2. Genugtuungsanspruch

Rein funktionell sind die beiden Klagen absolut verschieden. Währenddem die eine Restitutionscharakter besitzt, will die andere einen Ausgleich schaffen. Trotz dieser Verschiedenheit kommt es zu gewissen Ueberschneidungen. Die Beseitigungsklage beseitigt nicht nur die Ursache respektive den Zustand, sondern sie "verstopft" gleichsam die Quelle weiterer seelischer Unbill. Dies dürfte wohl der einzige Berührungspunkt der beiden Klagen sein, denn so wenig die Beseitigungsklage eine bestehende immaterielle Unbill auszugleichen vermag, so wenig vermag die Genugtuungsklage die Störungsursache respektive den Störungszustand zu beseitigen.

¹ Vgl. dazu auch F. Riklin, S. 383 f und die rechtssystematische Lösung dazu (S. 373 ff.).

Aufgrund dieser Ausführungen wird ersichtlich, dass sich die beiden Klagen logischerweise nicht ausschliessen können.

3. Zusammenfassung

Obwohl der Beseitigungsanspruch sich mit dem Schadenersatz- und dem Genugtuungsanspruch teilweise überschneidet, schliessen sich die Klagen jeweils nicht aus, sondern erst die kumulative Geltendmachung ermöglicht einen abschliessenden Schutz der Persönlichkeit.

D) Das Verhältnis des Schadenersatzanspruches zum Genugtuungsanspruch

Nebst den Anspruchsvoraussetzungen ist den beiden Ansprüchen weiter gemeinsam, dass sie sich allgemein mit den Folgen einer Verletzung der persönlichen Verhältnisse befassen. Dies dürften die einzigen gemeinsamen Merkmale sein. Ansonsten unterscheiden sich die Schutzmittel nicht nur bezüglich Funktion, sondern auch bezüglich Ziel und Zweck.

Diese Unterschiede weisen darauf hin, dass sich Schadenersatz- und Genugtuungsklage nicht ausschliessen, sondern dass sie bei gegebenen Voraussetzungen gemeinsam geltend gemacht werden können.

ANHANG A

9740. Motion BROGER. Schutz des Persönlichkeitsrechtes
Protection des droits inhérents à la personne

Text der Motion

Der Bundesrat hat sich 1966 erfreulicherweise bereit erklärt, ein Postulat Müller-Luzern über den Schutz der Intimsphäre vor Kleinabhörgeräten zu prüfen. Als Schutzmassnahme soll eine entsprechende Ergänzung des Strafrechts in Frage kommen und sich zurzeit in Vorbereitung befinden.

Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre vor Kleinabhörgeräten bildet nur einen Ausschnitt aus dem Schutz der Persönlichkeit im allgemeinen. Dieser bedarf im Hinblick auf die Auswüchse einer immer hemmungslosen Ausbeutung der Sensationslust dringend einer Verstärkung auch im Zivilrecht und auch, ergänzend dazu, im Zivilprozessrecht. Die geltende Gewährleistung des Persönlichkeitsrechts in Artikel 28 ZGB läuft sonst Gefahr, je länger desto mehr zu einer stumpfen Waffe zu werden.

Der Bundesrat wird daher beauftragt, eine Revision von Artikel 28 ZGB in die Wege zu leiten, unbeschadet der Revision des Strafrechtes im Sinne des Postulates Müller-Luzern, die eine Sofortmassnahme darstellt.

ANHANG B

(Resolution des Schweiz. Juristentages)

Der schweizerische Juristentag 1960, nach Kenntnisnahme von den Referaten der Herren Prof. Jäggi und Prof. Grossen, bejaht nachdrücklich die darin zum Ausdruck gebrachte Tendenz nach verstärktem Schutz der Persönlichkeit mit den Mitteln des Privatrechts.

Die Versammlung ist sich indes bewusst, dass angesichts der Gefährdung der Persönlichkeit in der heutigen technischen Zivilisation und Massengesellschaft auch der Schutz durch die Grundrechte der Verfassung eine stark erhöhte Bedeutung erlangt, und dass ferner der Schutz durch das Polizeirecht und das Verfahrensrecht der Intensivierung und des Ausbaues bedarf.

ANHANG C

Entwurf Kommission Lüchinger

Persönlichkeitsschutz

Zivilgesetzbuch

Art. 28

Bei Eingriffen Grundsatz

1. Jedermann hat in den Schranken der Rechtsordnung das Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit und auf Schutz vor widerrechtlichen Eingriffen in seine persönlichen Verhältnisse.
2. Zu den persönlichen Verhältnissen gehören insbesondere Leib und Leben, Privat- und Geheimbereich, Freiheit und Ehre.

Art. 28 a (neu)

Ausschluss der Widerrechtlichkeit

Nicht widerrechtlich ist ein Eingriff:

1. wenn der Verletzte eingewilligt hat und die Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstösst;
2. wenn die Ausübung eines Amtes, die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht, Notwehr oder Notstand den Eingriff rechtfertigt;
3. wenn Presse, Radio und Fernsehen im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgabe über eine Person in Wort oder Bild wahrheitsgemäss berichten oder an ihr Kritik üben, sofern die Art der Darstellung dem Schutzbedürfnis des Betroffenen möglichst Rechnung trägt;
4. wenn der Eingriff sonstwie dazu dient, ein nach den Umständen höherwertiges öffentliches oder privates Interesse angemessen zu wahren.

Art. 28 b (neu)

Die einzelnen Ansprüche

1. Wer in seinen persönlichen Verhältnissen widerrechtlich verletzt oder von einer solchen Verletzung bedroht wird, hat gegenüber dem Urheber der Verletzung Anspruch:
 - a) auf Feststellung der Widerrechtlichkeit;
 - b) auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes im Falle unrichtiger oder irreführender Aeusserungen auf Richtigstellung;
 - c) auf Unterlassung drohender Verletzung;
 - d) auf Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts.

2. Wo es die Interessen des Verletzten erfordern, kann dieser verlangen, dass das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht werde. Der Richter bestimmt die Einzelheiten.
3. Besteht die Verletzung in der Verbreitung von Aeusserungen oder Bildern durch Schriftwerke, durch Sendungen von Radio und Fernsehen oder durch ähnliche Mittel, so richten sich die Ansprüche des Verletzten auch gegen jeden, der zur Verbreitung beiträgt.

Art. 28 c (neu)

Gerichtsstand

1. Zuständig ist nach der Wahl des Klägers der Richter am Ort der Handlung, des Eintritts des Erfolges oder des Wohnsitzes des Beklagten.
2. Besteht die Verletzung jedoch in der Verbreitung von Aeusserungen oder Bildern durch Schriftwerke, durch Sendungen von Radio und Fernsehen oder durch ähnliche Mittel, so ist nach der Wahl des Klägers der Richter am Wohnsitz des Klägers oder des Beklagten zuständig. Haben sowohl der Kläger als auch der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz, kann am Ort der Handlung oder des Eintritts des Erfolges Klage erhoben werden.
3. Stehen dem Kläger aus einer Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen mehrere Ansprüche gegen den gleichen Beklagten zu, so hat er sie am gleichen Ort geltend zu machen.

Art. 28 d (neu)

Vorsorgliche Verfügungen im allgemeinen

1. Zum Schutz eines Anspruches aus Verletzung in den persönlichen Verhältnissen hat der Richter am Ort, wo die Klage erhoben wurde oder zu erheben ist, auf Gesuch des Berechtigten vorsorgliche Verfügungen zu treffen, sofern ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.
2. Er kann insbesondere einen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch vorläufig vollstrecken, einen bestehenden Zustand aufrechterhalten oder Beweise sichern.

Art. 28 e (neu)

Gesuch

1. Der Gesuchsteller hat die begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen.
2. Der Richter gibt dem Gesuchsgegner Gelegenheit, sich zu äussern.
3. Bei dringender Gefahr können schon auf Einreichung des Gesuchs hin vorläufige Massnahmen getroffen werden.

Art. 28 f (neu)

Klagefrist; Sicherheitsleistung

1. Wird die vorsorgliche Verfügung vor rechtshängiger Klage getroffen, so kann dem Gesuchsteller Frist zur Einreichung der Klage gesetzt werden.
2. Die vorsorgliche Verfügung wie die vorläufigen Massnahmen können von Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, wenn dem Gesuchsgegner durch sie Schaden entstehen kann.
3. Bestand der Anspruch, für den die vorsorgliche Verfügung oder die vorläufigen Massnahmen bewilligt wurden, nicht zu Recht, so ist die bestellte Sicherheit erst freizugeben, wenn feststeht, dass keine Schadenersatzklage erhoben wird. Bei Ungewissheit kann der Richter Frist zur Klage setzen.

Art. 28 g (neu)

Gegendarstellung Grundsatz

1. Wer durch eine Aeussierung in Presse, Radio oder Fernsehen in seinen persönlichen Verhältnissen betroffen wird, hat Anspruch auf Gegendarstellung.
2. Die Gegendarstellung muss sich auf den Gegenstand der beanstandeten Aeussierung beschränken und kurz gefasst sein; im Falle der Presse darf sie höchstens das Doppelte der beanstandeten Aeussierung, jedenfalls aber 15 Zeilen umfassen.

Art. 28 h (neu)

Verfahren

1. Der Text der Gegendarstellung ist der Presse-, Radio oder Fernsehunternehmung innert 30 Tagen seit Kenntnis der beanstandeten Aeussierung, spätestens jedoch innert dreier Monate seit der Veröffentlichung, einzureichen.
2. Die Presse hat die Gegendarstellung in der nächsten Ausgabe an möglichst gleicher Stelle und in gleicher Schrift zu veröffentlichen; bei Radio und Fernsehen ist sie in der nächsten Sendung, die möglichst den gleichen Hörer- oder Zuschauerkreis erreicht, von einem Sprecher zu verlesen.
3. Die Veröffentlichung ist kostenlos; sie ist als Gegendarstellung zu kennzeichnen und darf nicht mit einer gleichzeitigen Entgegnung versehen werden. Der Zeitpunkt ist dem Gesuchsteller nach Einreichung des Textes unverzüglich mitzuteilen.

Art. 28 i (neu)

Rechtsschutz

1. Die Veröffentlichung der Gegendarstellung darf verweigert werden, wenn sie die Voraussetzungen nach den vorstehenden Bestimmungen nicht erfüllt, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder einen strafbaren Inhalt aufweist.
2. Wird sie verweigert oder wird der Anspruch nicht richtig erfüllt, so entscheidet auf Begehren des Gesuchstellers der Richter im summarischen Verfahren.
3. Der Gerichtsstand befindet sich nach der Wahl des Gesuchstellers am Sitz der Unternehmung oder bei der Presse auch am Herausgabeort, bei Radio und Fernsehen auch am Sendeort.

Art. 28 k (neu)

Datenbanken

1. Jede Sammlung oder Verwendung von Angaben über persönliche Verhältnisse unterliegt den allgemeinen Vorschriften über den Schutz der Persönlichkeit; mit dem Beseitigungsanspruch kann insbesondere verlangt werden, dass eine unerlaubte Speicherung aufgehoben und eine unrichtige Angabe berichtigt wird.
2. Private, welche in Karteien, Datenbanken oder auf ähnliche Weise Angaben über persönliche Verhältnisse sammeln und Dritten zur Verfügung halten, haben auf Verlangen dem Betroffenen schriftlich Auskunft über den Bestand und Inhalt der auf ihn bezüglichen Angaben zu erteilen.

Obligationenrecht

Art. 49

Bei Verletzung in den persönlichen Verhältnissen im allgemeinen

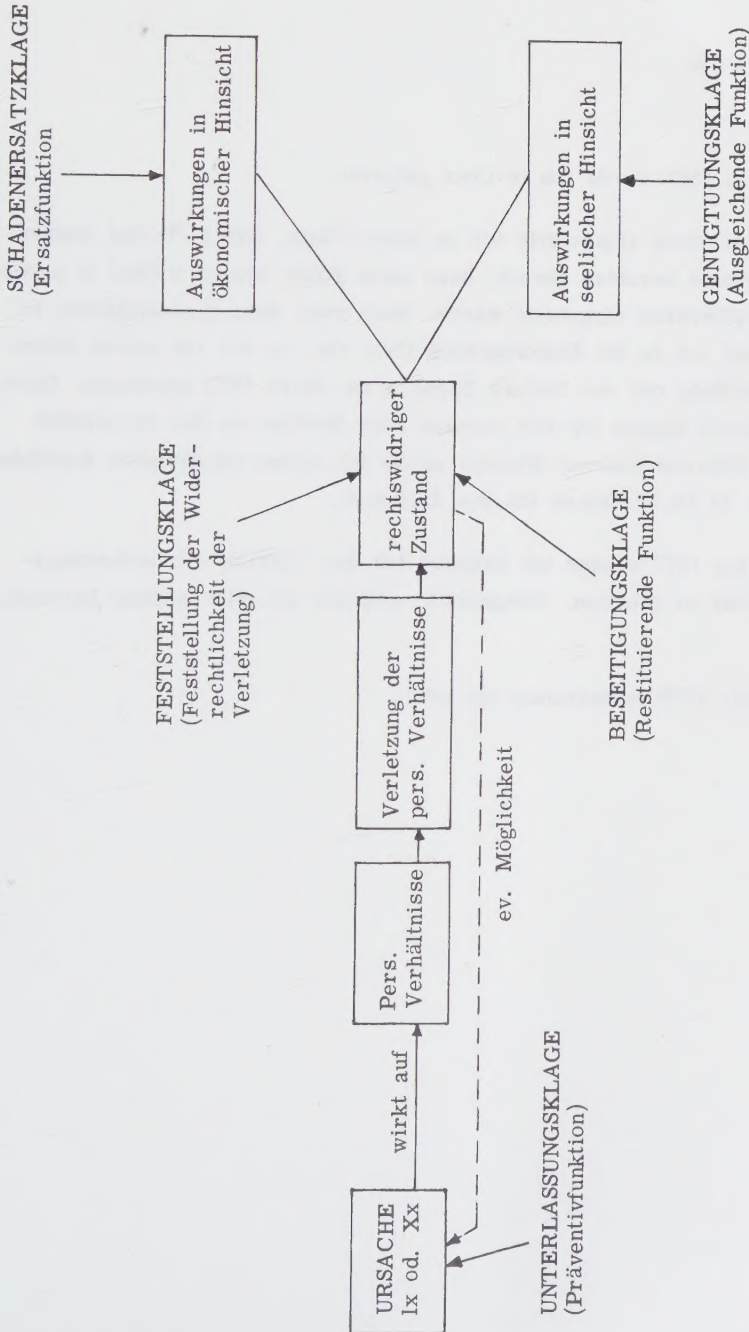
1. Wer in seinen persönlichen Verhältnissen widerrechtlich verletzt wird, hat bei Verschulden Anspruch auf Ersatz des Schadens und, wenn es die Schwere der Verletzung rechtfertigt, auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung.
2. Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.
3. Der Verletzte hat, auch wenn kein Verschulden vorliegt, Anspruch auf Herausgabe eines durch die Verletzung erzielten Gewinns oder sonstigen Vermögensvorteils.

Art. 49 bis (neu)

Haftung ohne Verschulden

1. Eine Unternehmung, die zum Zwecke hat, Aeusserungen oder Bilder durch Schriftwerke, Sendungen von Radio und Fernsehen oder ähnliche Mittel zu verbreiten, schuldet Schadenersatz und Genugtuung auch dann, wenn kein Verschulden vorliegt.
2. Jedoch haftet sie nicht für die blosse Wiedergabe von Aeusserungen eines bestimmt bezeichneten Dritten, falls sie nachweist, dass sie und ihre Hilfspersonen alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet haben.
3. Der Haftung ohne Verschulden unterliegt auch eine private Unternehmung, welche in Karteien, Datenbanken oder auf ähnliche Weise Angaben über persönliche Verhältnisse sammelt und Dritten zur Verfügung hält, falls sie durch ihre Tätigkeit persönliche Verhältnisse widerrechtlich verletzt.

ANHANG D



LEBENS LAUF

Am 5. Mai 1951 wurde ich in Chur geboren.

Die Primarschule absolvierte ich in Davos-Platz, Sils i./D und Andeer. Diese Wechsel beruhten darauf, dass mein Vater immer wieder in andern Wasserkraftwerken eingesetzt wurde. Nach zwei Sekundarschuljahren in Andeer trat ich in die Kantonsschule Chur ein, an der ich meine Mittelschulausbildung mit der Matura Typus A im Jahre 1972 abschloss. Gleich anschliessend begann ich mit meinem Jura-Studium an der Universität Zürich. Während meinem Studium setzte ich meine militärische Ausbildung fort. Am 22.12.76 erhielt ich das Lizenziat.

Im Frühling 1977 begann ich halbtags bei der "Zürich"-Versicherungsgesellschaft zu arbeiten. Gleichzeitig widmete ich mich meiner Dissertation.

Am 5. Mai 1978 verheiratete ich mich.

